

## XIII

# MEIOS ALTERNATIVOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E JUSTIÇA RESTAURATIVA: Uma aproximação sob a perspectiva da teoria econômica do Direito ao derredor do Direito Penal contemporâneo

## Alternative Dispute Resolution Methods and Restoration Justice: An approach through the perspective of Law and Economics in the context of a contemporary Criminal Law

*Zilan da Costa e Silva Moura*

Mestre em Direito pela Universidade Federal da  
Bahia. Professor. Email

Recebido em 23.05.2014

Aprovado em 04.10.2014

**RESUMO:** Vivemos um momento histórico *sui generis*. Há uma crise de valores quanto ao exercício do *ius puniendi* estatal e seus limites. O sistema punitivo estatal da atualidade se encontra em uma encruzilhada, atravessando uma verdadeira crise de identidade, posto que ainda careça de uma identidade legitimadora que satisfaça os anseios de uma comunidade ávida. De um lado se encontra um sistema penal respeitador da essência e das liberdades do ser humano conquistadas ao longo do processo civilizatório com muito suor e sangue e, do outro, um sistema penal [mais] cruel e autoritário que as ignora. Percebe-se claramente as múltiplas manifestações deste pulsar, entre as diversas e complexas formas de se conceber o sistema punitivo. É neste contexto que entendemos dever ser feita a análise das situações através de um olhar teórico previamente definido: o modelo teórico, que neste caso também é método, está relacionado com a análise econômica do direito e sua aplicação prática, com o desvelar de meios alternativos possíveis para a resolução de conflitos. A economia, para além de examinar a inflação, o desemprego, o desenvolvimento, entre outros, é uma **ciência das escolhas racionais** ou “de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam”.

**Palavras-chave:** Política-Criminal. Pós-Modernidade. Neopunitivismo. Positivismo. Análise Econômica do Direito.

**ABSTRACT:** We live in interesting times. Of questions and doubts about the needs and uses of the state's right to punish and its limits. Today's criminal system is at a crossroad of an identity crisis, is in search of legitimation that satisfies the needs of an eager community. In one corner we find a criminal system that respects the essence and the liberties of the human being conquered through the civilization process with an enormous cost in sweat and blood, in the other a cruel and arbitrary system that ignores most of those achievements. Meanwhile, we can feel the pulse between those multiple and complex forms of conceiving the punitive system. Is in that context that we should see the situation through a predefined theoretical model that can be seen as scientific method: the economic analysis law and its practical applications with the revelation of possible alternative dispute resolution means. Economics, beyond the study of inflation, unemployment, development and other subjects is the science of rational choices or "how rational beings mold their behavior in face of incentives and restrictions they face".

**Keywords:** Criminal policy. Postmodernity. New punishments. Positivism. Economic analysis of Law. Restoration Justice.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: o ponto de partida ou a hipótese de um giro político-criminal – 2. Um posicionamento necessário: o saber penal na perspectiva histórica – o direito penal na globalização, pós-modernismo e a nova ordem mundial – 3. A finalidade do direito penal – 4. O futuro: a superação de um paradigma? – 5. O pano de fundo: as questões teóricas que se levantam e precisam de resposta – 6. mas, afinal, o que se pretende? – 7. Uma possível justificação através da análise econômica do direito – 8. À guisa de uma conclusão – 9. Referências

## 1. O Ponto de Partida ou a Hipótese de um Giro Político-Criminal

Vivemos um momento histórico de inflexão. Há uma propalada crise de valores no que se refere ao exercício do *ius puniendi* e seus limites. Uma análise da recente evolução da política criminal, materializada em alterações legislativas recentes, já é capaz de nos revelar as dicotomias deste fenômeno.

Vivemos num tempo atônito que ao debruçar-se sobre si próprio descobre que os seus pés são um cruzamento de sombras, sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos, ora pensamos não termos ainda deixado de ser, sombras que

vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca virmos a ser<sup>1</sup>.

Ao longo da história humana, o Direito Penal vinha se desenvolvendo gradualmente pela via da sua restrição progressiva, caminhando firmemente em direção a um direito penal mínimo, onde a dogmática cumpriria a função de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do estado, que mesmo quando se dá dentro de limites, necessita de controle e da segurança destes limites<sup>2</sup>.

Mas, o nosso Direito Penal, a ciência penal da atualidade se encontra em uma encruzilhada<sup>3</sup>, atravessando uma verdadeira crise de identidade, posto que ainda careça de uma identidade legitimadora que satisfaça os anseios de uma comunidade ávida.

Nesse contexto é que assistimos a uma crise no direito, com ausência ou ineficácia dos controles jurídicos, a ilegalidade do poder, a inflação legislativa provocada pela pressão de grupos específicos e o crescimento desordenado de legislações extravagantes.<sup>4</sup>

Não restam dúvidas que “é esta a ambiguidade e a complexidade da situação do tempo presente, um tempo de transição, síncrone com muita coisa que está além ou aquém dele, mas descompassado em relação a tudo o que o habita”<sup>5</sup>.

Várias são as vozes que se levantam sobre o tema.

---

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2004, p. 13.

<sup>2</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. P. 136

<sup>3</sup> RIPOLLÉS. José Luis Diéz. *La Política Criminal em La Encrucijada*. Buenos Aires: BdeF, 2007.

<sup>4</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 79

<sup>5</sup> SANTOS. *Op. Cit.*, p. 15.

## **2. UM POSICIONAMENTO NECESSÁRIO: O Saber Penal na Perspectiva Histórica – O Direito Penal na Globalização, Pós-modernismo e a Nova Ordem Mundial**

Ao longo da narrativa histórica humana se pôde, sempre, identificar uma confrontação que continua ocorrendo no âmbito do direito penal: a luta entre dois opostos.

De um lado se encontra um direito penal de garantia, respeitador da essência e das liberdades do ser humano e, do outro, um direito penal instrumental, [mais] cruel e autoritário que muitos crêem a panacéia capaz de resolver todas as fricções que resultam do convívio em sociedade.

A manifestação deste pulsar, entre as diversas e complexas formas de se conceber o direito penal, pode ser encontrada e vista em detalhe em meio a cada uma das disciplinas que o integram:

Na teoria da pena, vislumbramos o confronto entre as teorias legitimadoras e as deslegitimadoras da forma de manifestação do castigo penal; na criminologia, foi possível perceber esta oscilação na transição havida entre o *ancien regime* e a escola clássica ou, ainda, entre aquela que surgiu da passagem da escola positivista e sociológica em direção à criminologia crítica.

Na dogmática é possível percebê-la no confronto entre escolas de pensamento. Vimos esta fricção na luta entre os que adotaram o causalismo e os que vieram a adotar, no início da segunda metade do Século XX, o finalismo de WELZEL. O mesmo se deu no ritual de passagem entre o finalismo e o funcionalismo, que embora já tenha sido praticamente ultrapassado em outras paisagens acadêmicas, ainda se processa entre nós.

No direito processual penal encontra-se a permanente luta entre, de um lado, um modelo processual inquisitivo (mais rápido), onde réu é objeto de investigação e a vítima é esquecida e, de outro lado, o modelo acusatório (mais trabalhoso), que exige a ativa participação do réu no exercício do contraditório e da plena defesa como único meio de tornar legítimo o processo de descoberta da verdade, que é processual, e que permite a aplicação da lei penal.

Por fim, o confronto é muito facilmente percebido no âmbito da política criminal, vez que o encontramos entre, de um lado, um modelo político criminal autoritário, que em tempos de crise é sempre ressuscitado e avidamente buscado como única solução viável, rápida e necessária para o combate da insegurança, conforme percebida pela população e, do outro lado, um modelo político criminal liberal, respeitador das liberdades individuais e das garantias fundamentais<sup>6</sup>.

É preciso se afirmar que foi durante a influência do Iluminismo que o direito penal se desenvolveu com maior racionalidade e humanidade, quando nasceram as teorias legitimadoras do direito penal moderno, a partir daí desenvolvemos as teorias que passamos a denominar de teorias absolutas ou de teorias relativas, todas relacionadas às consequências jurídicas do delito.

Devemos, ainda, perceber e, sobretudo, compreender que estas rusgas focais e parciais, encontráveis em cada uma das disciplinas que compõem o plexo do direito penal, são apenas vestígios de uma contenda de caráter global e superlativa.

---

<sup>6</sup> SUEIRO, Carlos Christian. *La política Criminal de la Posmodernidad*. La contienda en los albores del s. XXI entre dos modelos politico-criminales. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2010, p. 33.

Assim, é necessário se partir de uma narrativa histórica, adotando um viés sistemático e metodológico, da flutuação e tendência cíclica do direito penal entre, de um lado, uma maior humanidade em sua realização e, do outro, a erupção da brutalidade e da crueldade, por meio do Estado, no seio das comunidades.

É nessa perspectiva que podemos afirmar que, após o período exemplar de racionalidade e sensatez característicos dessa primeira fase humanista de desenvolvimento do direito penal, surge, com o positivismo e sua escola positiva, a pretensão de um *status* científico, que justamente busca fundamento nas ciências e, com isso, muda-se, em muito, a maneira que passamos a ver o Direito Penal. É nesse período que percebemos que o “novo” direito penal passa a “desconhecer” a filosofia antropológica e coisificado pessoas, baseando-se no determinismo causal, resurge com a concepção de uma verdadeira predisposição biológica para delinquir.

Em síntese, para o positivismo, o delinquente devia ser considerado como um objeto, um ser enfermo, um indivíduo que desde seu surgimento ou gênese traz consigo uma predisposição biológica para delinquir, dado que, para o determinismo causal do positivismo criminológico, delinquente se nasce.

Tratando-se de um positivismo que instrumentalizou pessoas, na medida que os tratou como anormais e enfermos, partiu do postulado do determinismo causal e colocou, como base do direito penal, o então novo binômio: periculosidade social e medida de segurança.

O direito penal, como produto e instrumento cognoscivo do positivismo lógico, concebeu como método científico mais propício, certo, preciso e infalível a adoção de um método dedutivo estratificado,

semelhante ao empregado pelas denominadas ciências duras, mecanicistas ou fiscalizatórias e, também, carentes de qualquer análise subjetiva.

Não podemos deixar de registrar que o positivismo desembocou na mais radical e catastrófica experiência de neutralização de seres humanos na história.

Seres que, previamente coisificados, perderam qualquer traço de humanidade e personalidade ou foram percebidos como seres humanos primitivos e não evoluídos.

Foi neste contexto que, com fundamento na teoria realista do conhecimento, a teoria finalista sobrepujou as teorias causalistas.

Após a experiência das duas guerras globais que assolaram a primeira metade do Século XX, renasce um direito penal de índole humanitário, fundado em um Estado social e democrático de direito, que “[...] sem abandonar as preocupações sociais, reforça seus limites jurídicos na direção liberal, tendo em vista, não mais a retribuição primitiva, mas a prevenção limitada dos crimes”<sup>7</sup>.

Esta experiência não se desenvolveu plenamente, em razão da guerra fria e de outros acontecimentos históricos do Século XX, contudo estes eventos certamente contribuíram para o “desenvolvimento” da humanidade, que culminou em uma nova (des)ordem mundial.

Aqui, é preciso se fazer uma afirmação: a política criminal do Século XXI é a política criminal da pós-modernidade, por esta razão a sua análise e compreensão torna-se fundamental.

Por outro lado, a análise histórica nos permite conclusões parciais importantes, como, por exemplo, a de que o tempo de experiência

---

<sup>7</sup> GORDILHO. *Op.Cit.*, p. 78

democrática e participativa em uma dada sociedade é o elemento responsável pelo exercício de um poder punitivo menos cruel e mais piedoso.

Foi o caso, por exemplo, de Roma, que nos tempos da República já gozava de um modelo processual penal de índole acusatória em contraste com o período posterior, os tempos do Império, que, ao introduzir a tortura, se transformou em cruel e atroz, culminando na formulação de um sistema processual penal marcadamente inquisitivo.

O procedimento acusatório fez parte de toda a antiguidade [Roma e Grécia] e, também, da idade média (direito germânico) até o século XIII, quando, com fundamento no último direito romano imperial (antes da queda de Roma), foi substituído, com a consequente perda de toda e qualquer característica humanitária, por um sistema que promoveu o confisco do conflito, arrebatado das mãos da vítima, pela implementação do processo inquisitorial que objetivava a persecução de hereges e bruxas.

Por fim, afirmamos que o trabalho científico penal é um trabalho de interpretação. Interpretamos um mundo normativo, um objeto normativo, através do discurso.

Direito não é mais do que isto, um discurso.

Mas devemos nos perguntar do porque o fazemos?

Não restam dúvidas que realizamos este trabalho normativo com o objetivo de criar, para o operador do sistema punitivo, um conjunto de ferramentas não contraditórias, um conjunto de proposições, que permitam a contenção, a redução, a atenuação do exercício do poder punitivo do

estado e de suas agências estatais, que invariavelmente tendem a se expandir sem limites<sup>8</sup>.

Se pode, inclusive, afirmar que, na hipótese de um eventual desaparecimento do direito e das agências jurídicas estatais, provavelmente não aconteceria o caos e a anarquia que muitos prevêm .

Muito ao contrário, é possível que a enorme quantidade de poder punitivo que integra o patrimônio das agências estatais (polícia e outras que exerçam funções análogas) se abateria, tal qual uma fera selvagem e faminta, sobre toda a população, de maneira incontrolável e sem limites, dando lugar a um Estado policial e autoritário.<sup>9</sup>

Na atualidade, pode-se observar, de olhos bem abertos, o entorno punitivo e se constatar que nunca se viu uma tal predisposição para o seu recrudescimento ou crescimento, para se evitar falar de uma verdadeira “excitação” punitiva.

Se percebem claramente os sintomas desta desumanização e do recrudescimento do poder punitivo, através da proliferação inflacionária de normas penais incriminadoras, da neo-criminalização, do aumento de penas, das alterações das regras processuais, e, por fim, pelo clamor da opinião pública, que grita “impunidade” aos quatro cantos.

Neopunitivismo e Neoinquisição são as duas denominações que podem descrever, com elevado poder explicativo, a tendência política atual que impulsa um recrudescimento da resposta penal, anti-liberal e anti-

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 19

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p. 20.

ilustrada, que faz da aplicação da pena privativa de liberdade um instrumento messiânico de verdade e justiça<sup>10</sup>.

### 3. A FINALIDADE DO DIREITO PENAL

A definição do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade em face dos ataques intoleráveis, nos parece adequada e concisa, mas reproduz um dos principais problemas do saber jurídico: a capacidade de gerar rótulos ou etiquetas impecáveis e de aceitação generalizada, mas débeis na hora de engendrar princípios reguladores e derivações operativas<sup>11</sup>.

Para JAKOBS, o direito penal tem a missão de garantir a identidade da sociedade. O fato punível (tomado como aporte comunicativo, como expressão de sentido) é a defraudação, pelo autor da conduta, da expectativa normativa da sociedade<sup>12</sup>.

Para ROXIN, o Direito Penal, em sentido formal, é definido por suas sanções. Se um preceito pertence ou não ao direito penal não é porque regula mandatos ou proibições, uma vez que outros ramos do direito também o fazem, mas porque a infração aos seus preceitos é punida com uma pena ou medida de segurança<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> PASTOR, Daniel. *Neopunitivismo Y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: AdHoc, 2008, p. 15.

<sup>11</sup> ORSI, Omar G. *Los Límites del Legislador Penal. Discurso penal y programa constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 3.

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 33.

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. T.I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2003, p. 41.

Para WELZEL a missão do direito penal está no desenvolver e explicar o conteúdo das suas regras jurídicas, analisando-as em sua conexão interna, ou seja, sistematicamente, vez que o direito penal, como ciência sistemática, estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa, já que só a compreensão das conexões internas do Direito liberam sua aplicação do acaso e da arbitrariedade<sup>14</sup>.

WELZEL também afirma que a ciência penal é uma ciência prática. Para compreendê-la diversas ferramentas são necessárias, além da lógica. Como disse Holmes, a vida da lei não foi a lógica, foi experiência. As sentidas necessidades dos tempos, a prevalecente teoria moral ou política, as políticas públicas, intuídas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos compartilhados pela comunidade tiveram mais importância que qualquer silogismo<sup>15</sup>.

As definições acima não nos impedem de reperguntar: para que serve mesmo o direito penal? Teria ele realmente alguma utilidade? Seria ele genuinamente necessário?

Para iniciarmos a procura destas respostas, afirmamos, inicialmente, a ideia de que o Direito Penal, como ramo do Ordenamento Jurídico do Estado, sempre foi um dos instrumentos formais de que se utiliza o Estado para o controle social (convivência pacífica e ordenada) e para a manutenção do *status quo* (garantia da manutenção dos valores sociais), ou seja, da manutenção da forma de organização da exploração, produção e repartição da riqueza em determinada sociedade, através da utilização da violência<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: Parte General. 11. ed. 4. ed español, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002, p.1

<sup>15</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Barnes & Noble, 2004, p. 1.

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. García Arán. Mercedes. *Derecho Penal*: Parte General. 7. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2007, p. 29

FERRAJOLI afirma que o direito penal é uma técnica de definição, comprovação e repressão do comportamento desviado. Esta técnica, seja qual for o seu modelo epistemológico ou normativo, se manifesta através de restrições e constringências impostas às pessoas dos desviados<sup>17</sup>.

Uma pequena digressão: a sociedade não existe, o que existe realmente é uma ordem social. Esta afirmação contradiz grande parte de uma *vulgata* que difundiu a teoria sociológica de que existe “a sociedade”; essa concepção de sociedade supõe a existência de uma *affectio societatis* entre seus membros, que estariam unidos pela consciência moral coletiva

Continuando: o Direito Penal, portanto, é violência, mas nem toda violência é Direito Penal, vez que a violência é característica das instituições sociais criadas para a defesa ou proteção de determinados interesses, legítimos ou não. A violência é consubstancia de todo sistema de controle social.

O que difere o Direito Penal das demais instâncias de controle social é a sua formalização, que o libera de toda espontaneidade, da surpresa e da subjetividade própria das demais instâncias de controle social. Por fim, o Direito Penal é um controle normativo, posto ser exercido através de um conjunto de normas criadas previamente ao efeito<sup>18</sup>.

Nesse sentido, teria, portanto, o Direito Penal a fundamental função de assegurar a existência da sociedade, garantindo as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum<sup>19</sup>. Razão pela qual se torna de fundamental importância o exame das indagações que venham a

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 209.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE. Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6.

<sup>19</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 5.

analisar, “decifrar e compreender os movimentos e o horizonte de projeção do controle penal contemporâneo”<sup>20</sup>.

Saliente-se que, na realidade do direito histórico ou positivo, nada há de justo ou injusto por natureza ou de maneira objetiva e universal; muito ao contrário, tudo depende das variáveis da vontade do poder e, em última instância, dos costumes, dos prejuízos, das concepções morais e políticas, ou seja, do que se convencionou chamar de cultura de cada momento e lugar<sup>21</sup>.

La noción de la injusticia punible [...] no puede ser una noción absoluta [...] la misma para todos y siempre; por consiguiente, es vano intento el de los que pretenden encontrar y determinar taxativamente, de unavez por todas, el número y las especies y las formas o figuras individuales de acciones que, por su naturaleza misma [...] son malas y dignas de reprobación y persecución.<sup>22</sup>

Assim, os processos de modernização, que até há pouco acreditávamos estar devidamente estabelecidos no âmbito do Direito Penal, antes de tudo a sua racionalidade e a civilidade, parecem estar se convertendo justamente em seu oposto. Percebe-se, claramente, um verdadeiro *punitive turn* ou, mais precisamente, a exacerbação da vontade punitiva que se relaciona com o populismo penal.

Este novo modelo de política criminal que se desvela na atualidade, este neopunitivismo que se caracteriza pelo recrudescimento e exacerbação do poder punitivo de forma desmesurada, é afim a modelos político-criminais autoritários, que tem como característica a “administrativização”

---

<sup>20</sup> ANDRADE, Vera Regina de. O Controle Penal no Capitalismo Globalizado. In; *Revista Brasileira De Ciências Criminais*. n. 81, São Paulo: RT, 2009, p. 340.

<sup>21</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 261.

<sup>22</sup> DORADO, Pedro. *El Derecho Protector de los Criminales*. Tomo I, Madrid: V. Suárez, 1916, p. 21, 24 e 33.

do direito penal, o direito penal de emergência, a tolerância zero, para se nomear apenas alguns.

O que vemos nada mais é do que o surgimento de uma verdadeira política criminal *Völkisch*, que se apresenta através de verdadeiro niilismo filosófico epistemológico.

Por *Völkisch* se deve entender a política criminal de característica declamatória, panfletária, de corte populista e superficial, que não se apega a nenhuma escola dogmática. Enfim, uma política criminal de respostas emotivas e resultados estéreis, que exhibe uma carência significativa, para não se dizer total, de postura filosófico-epistemológica.

Este modelo de política criminal adere a um modelo autoritário e a um discurso particular, como o neopositivismo.

É uma corrente político-criminal que se caracteriza pelo recrudescimento e pela exacerbação do poder punitivo de forma desmesurada e, como já afirmamos, é tributária de, ou afim a, modelos autoritários, como a administrativização do Direito Penal, o Direito Penal de emergência, tolerância zero, o pan-penalismo, a expansão do direito penal, o direito penal da segunda velocidade, o direito penal do inimigo, ou seja, o direito penal que se pode denominar de direito penal de 3<sup>a</sup> geração.

Assumindo-se, dessa maneira, a três formas ou fenômenos do processo social, como são: na via principal – o direito processual penal formal, o direito penal do inimigo e o neopunitivismo; em paralelo – juízes sem rosto; e, finalmente, no subterrâneo – desaparecimento forçado de pessoas.

Compartilhando o ponto de vista criminológico que surge das ideias de Vera Regina de Andrade<sup>23</sup>, se poderia afirmar que este processo de transformações do Direito Penal é fruto de um capitalismo globalizado - sistema de organização social carente de alternativas ou oposição, na atualidade - e está inserido em um contexto social dominado por uma percepção de que a criminalidade violenta de rua seria a grande vilã da vida comunitária, causadora da insegurança individual e coletiva, que se tornaria responsável por uma arquitetura social encarcerada e encarceradora, cujo principal elemento é a existência de um medo sistêmico – natural ao sistema capitalista – de característica endêmica, mas que é levado, através de diversos mecanismos, a se transformar em medo do crime, sem nos esquecermos que a existência desse sentimento de insegurança, também sistêmico, passa a ser sentido como insegurança em relação à criminalidade.

Hasta ahora, todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los ‘otros’: (...).Había (...) fronteras reales y simbólicas tras las cuales se podían retirarse quienes en apariencia no estaban afectados. Todo esto ya no existe desde Chernobil. Ha llegado el final de los otros.<sup>24</sup>

Este sentimento assentado no seio da sociedade é o fundamento, a base de exigência, de uma política de segurança pública cada vez mais hipertrofiada, que satura os serviços governamentais das agências punitivas do estado (policial e prisional). É preciso atentar para o fato de que o fator decisivo é a sensação das pessoas, ou melhor, a sua autoimagem, porque se sentem mais como possíveis vítimas do delito do que possíveis vítimas do poder punitivo estatal.

---

<sup>23</sup> ANDRADE. *Op. Cit.*

<sup>24</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 11.

Os membros do legislativo, ao seu turno, estão atentos ao sentimento e aos anseios do eleitor e, portanto, avidamente preparados para demonstrar a sua capacidade de entender e, sobretudo, de atender aos anseios do povo, através de uma ação rápida e, assim, se viabilizar perante o eleitorado.

A consequência é o surgimento, cada vez mais frequente, de propostas normativas de cunho acentuadamente simbólico.

A simplificação das realidades complexas, com o olhar em busca de eleitores ou de satisfação dos interesses corporativos, foi a tônica vigente desde a redemocratização do país, valorizando-se discursos fáceis, rápidos, de alto impacto, em detrimento das análises aprofundadas e complexas.<sup>25</sup>

A expansão do controle penal é uma inegável realidade global que se revela nos seguintes fenômenos simultâneos<sup>26</sup>:

- a) Maximização do controle social através do incremento quantitativo (expansão) do controle penal;
- b) Expansão qualitativa e diversificação do controle penal;
- c) Expansão do controle social informal
- d) Minimização das garantias penais e processuais.

Estes fenômenos teriam como consequências naturais a produção/expansão “tirânica” de leis penais; o aprisionamento em massa; a hipertrofia da prisão cautelar e a progressiva e escancarada redução de garantias individuais, arduamente conquistadas ao longo da recente história da humanidade.

---

<sup>25</sup> OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2.ed. São Paulo: RT, 2005, p. 45.

<sup>26</sup> ANDRADE. *Op. Cit*, p. 343.

Esta nova racionalidade punitiva desconfia das anistias, da prescrição, da coisa julgada, do *ne bi in idem*, e, em geral, de qualquer ‘obstáculo’ que pretenda esgrimir-se para limitar o exercício do poder punitivo, além de existirem, no mundo, notícias do surgimento de pretensões a uma nova restrição conjuntural e supostamente extraordinária de direitos vinculados, a nada mais e a nada menos do que, ao direito do exercício da defesa em juízo<sup>27</sup>.

Por estas razões, podemos dizer que se trava, na atualidade, uma batalha intelectual no seio do controle penal da sociedade pós-industrial.

De um lado, surgem teorias legitimadoras de um novo direito penal, onde ocorre uma significativa mudança de perspectiva quanto a punibilidade, que passaria a ser colocada a partir de um olhar prospectivo, vista de um ponto de referência no futuro – o fato a acontecer – em contraste com a perspectiva tradicional, que é retrospectiva, ou seja, o ponto de referência seria o passado – o fato acontecido; onde, ainda, se pode perceber que as sanções previstas passam a ser desproporcionalmente altas e, por fim, onde há a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais<sup>28</sup>.

Não se diga que estamos falando de alguma novidade, o confinamento de pessoas perigosas que não podiam ser condenadas por crimes passados, mas em razão de serem tidas como capazes de causar sério mal no futuro, sempre foi praticado, em algum grau, por cada uma das sociedades, no curso da história humana, independentemente da retórica

---

<sup>27</sup> NAPPI, Juan L. Finkelstein. *Hacia la ruptura de las peligrosas alianzas: La paradoja del extraño maridaje entre ciertas víctimas de violaciones a derechos humanos y un sistema penal viciado*. In: PASTOR, Daniel. *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal Del Enemigo*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

que se utilizava<sup>29</sup>. Mais do que isto, é previsível que alguma forma de confinamento preventivo, assim como outras medidas preventivas ou profiláticas, sempre será praticada por todas as sociedades. O interessante é que, apesar deste fato, nenhuma doutrina ou jurisprudência sistemática e largamente aceita sobre a intervenção preventiva jamais foi desenvolvida, justamente porque é extremamente difícil a construção de uma teoria, desta natureza, que se encaixe, mesmo que imperfeitamente, nos princípios ou teorias do direito penal e da democracia. Justamente porque um dos mais fundamentais princípios do sistema punitivo tradicional é que uma punição deve se basear em ação ou omissão cometida previamente, não na probabilidade da sua ocorrência no futuro.

Vistas estas mudanças através de um ponto de vista intermédio, a que se denominou de expansão do direito penal, a resposta penal aos problemas da atualidade deveria ser multifacetária.

Estamos falando do Direito Penal de *velocidades*: onde a primeira *velocidade* seria o segmento do Direito Penal em que se encontrariam as penas privativas de liberdade e, por esta razão, onde deveriam ser mantidas, na totalidade, as características político-criminais tradicionais, assim como a totalidade das garantias processuais. A segunda *velocidade* se refere àquelas infrações cujas sanções são exclusivamente pecuniárias ou privativas de direito e, por este motivo, em função da menor gravidade das sanções impostas, onde poderiam ser flexibilizados, com proporcionalidade, os princípios e as garantias penais clássicas. A terceira *velocidade* seria o ponto de encontro da pena privativa de liberdade e a flexibilização das regras de imputação, dos direitos e garantias penais<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> DERSHOWITZ, Alan M. *Preemption: A Knife That Cut Both Ways*. New York: Norton, 2007, p. 55.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 1. ed. São Paulo: RT, 2002.

Existe quem pense que o Direito Penal não possui vocação para solucionar determinados problemas postos na atualidade e para não se sobrecarregar o Direito Penal com os fardos da modernização, que acabariam por contaminar o que se chamou de direito penal clássico, deveria ser potenciada a criação de um direito de intervenção – *interventionsrecht* – que permita tratar adequadamente os problemas que só de maneira forçada podem ser tratados dentro do direito penal clássico<sup>31</sup>.

Do outro lado do campo de batalha encontram-se, entrincheirados em valores iluministas, os defensores de um sistema penal de direitos e garantias fundamentais, definido como modelo garantista da democracia constitucional, cujos adversários/detratores teimam em apresentar como entrave ao eficiente funcionamento do sistema de controle penal<sup>32</sup>.

Este modelo garantista de controle penal encontra fundamento na ideia de um rígido sistema legal ancorado na Constituição, onde todas as normas que compõem o ordenamento jurídico precisam buscar a sua validade ou legitimidade, a ser encontrada em razão de uma relação de conformidade com os valores e comandos nela contidos. A sujeição do judiciário à Constituição faz com que este exerça o papel de garantidor dos direitos fundamentais aí estabelecidos:

*La sujeción de juez a la ley ya no es, como el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a La ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución.*<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 67-73.

<sup>32</sup> CHOUKR. Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 49.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Y Garantías. La Ley del mas Débil*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

Este modelo de controle penal, fundado nos valores constitucionais, coloca o juiz como garantidor da pauta de direitos contidos na Constituição, querendo transformá-lo em um positivista combatente, imparcial e independente, subtraído de qualquer vínculo com os poderes de maioria e em condições de negar ou censurar, como inválidos ou ilícitos, quaisquer atos atentatórios aos direitos e garantias fundamentais, mesmo quando exercidos pela maioria, garantindo, assim, uma democracia substancial.

(...) los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos.<sup>34</sup>

Ferrajoli afirma, ainda, que a função específica das garantias no direito penal é condicionar e vincular o exercício do controle penal e, assim, deslegitimar o exercício absoluto da *potestas* punitiva<sup>35</sup>.

Há quem pense que “O direito penal de garantia [...] deve reafirmar seu compromisso com o conceito finalista de conduta, de fundamentos ontológicos, em contraposição ao conceito de conduta funcional”<sup>36</sup>.

Neste processo, também, não se pode deixar de lado o debate sobre a perspectiva abolicionista, (certamente o meio mais radical de afrontar a realidade do direito penal) e os demais pontos de vista descriminalizantes.

---

<sup>34</sup> *Ibidem.*, p. 26-27.

<sup>35</sup> *Ibidem.*, p. 92.

<sup>36</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. COELHO, Yuri Carneiro. A Estrutura Ontológica das Coisas Como Recurso Garantidor no Direito Penal. In *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007, p. 102.

Atualmente abolicionismo é o nome dado a uma corrente teórica e prática que efetua uma crítica radical a todo sistema de justiça penal e tem a proposta política de eliminar o sistema de sofrimento legal<sup>37</sup>. O abolicionismo não é uma teoria acabada, nem fácil de se sistematizar, é uma mescla de algo muito concreto e, também, profundamente visionário, mas sempre uma confusão criativa e estimulante.

O Direito Penal tradicional parte do pressuposto que:

a) A quantidade de delitos pode ser reduzida com o fazer algo com e a pessoas que cometeram ou possam cometer atos considerados como tais;

b) A lei penal é o instrumento adequado e efetivo para fazê-lo; isto implica que o Estado é exclusivamente responsável pela política criminal;

c) A pena, ou seja, o fazer algo desfavorável àquelas pessoas descritas no item “a” é o meio apropriado e efetivo.

O abolicionismo considera a irracionalidade dessas premissas ou hipóteses, sobretudo porque são poucas e pouco convincentes as provas de que a prevenção e a dissuasão existam na lei penal e mesmo as mais bem intencionadas tentativas de mudar o castigo por ressocialização não tiveram os efeitos substanciais pretendidos na reincidência ou na quantidade de delitos<sup>38</sup>.

Em que pese ainda estarmos em meio da travessia, no seio de calorosos debates, já é plenamente possível se perceber, como dado, o alargamento do controle penal, seja ele pelo incremento da resposta penal tradicional ou em razão da ocupação, pelo Direito Penal, de âmbitos anteriormente ocupados pelo Direito Administrativo ou Civil; ou, até

---

<sup>37</sup> PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abjecto*: Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: AdHoc, 2006, p. 85.

<sup>38</sup> STEINERT, Heinz. Mas Alla del Delito yde la Pena. *In: Abolicionismo Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 35.

mesmo, pela instituição de uma reação penal inteiramente nova no que se refere ao meio ambiente, à economia, à biogenética, à criminalidade organizada, à corrupção política, ao narcotráfico, à internet e ao terrorismo.

Obviamente que esse alargamento da resposta penal se dá, também, em razão da “descoberta” ou do aparecimento de novos bens jurídicos, que são reputados mercedores da intervenção penal. Ou seja, são mercedores de dignidade penal<sup>39</sup>.

Neste debate se discute a possibilidade de um sistema preventivo em contraste a um sistema reativo, onde o risco e o perigo desempenham papéis fundamentais; teoriza-se sobre a função da pena; se reavalia o princípio da presunção de inocência, que assume contornos de verdadeira presunção de culpa por antecipação.

Embora tema estranho à ciência jurídico-penal, não se pode deixar de perceber, neste estado de coisas, a influência e a importância da mídia, que exerce papel excepcional, se substituído ao judiciário, vez que investiga, processa, julga, condena, executa e estigmatiza em verdadeiro ritual de catarse coletiva, onde a multidão, em êxtase, não mais se solidariza com aquele que será objeto da violência, mas hipoteca sua solidariedade ao carrasco, podendo mesmo, muitas vezes, se fazer substituir ao próprio carrasco.

Pode-se afirmar, com o cuidado que as generalizações em ciências sociais impõem, que estamos diante de uma síntese, apertada e imperfeita, dos traços desenhados no *multiversum* jurídico penal atual, onde se insere a reflexão sobre o futuro do Direito Penal.

---

<sup>39</sup> “[...] a dignidade penal assegura eficácia à ideia de que somente os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (*Schutzwürdigkeit*) devem gozar de proteção penal”. In: SANTANA, Selma P. *Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p.191.

Analisando a atual condição da ciência jurídico penal, ROXIN, nos afirma<sup>40</sup> que o abolicionismo penal não possui condições de se materializar, nem mesmo em um estado social de direito, ao tempo que o aumento da vigilância dos cidadãos pelo Estado, dentro do marco do possível e permitido, seria um meio eficaz de luta contra a criminalidade e, como tal, deveria ingressar no direito penal do futuro, que deverá, também, contemplar o incremento, de certa forma, das medidas de segurança.

Prossegue o professor alemão, concluindo a necessidade de se limitar a pena privativa de liberdade a um núcleo substancial de condutas, onde seja realmente requerido o uso destas sanções, apesar de que se pode esperar, para o futuro, um incremento da criminalidade, cuja resposta poderá incluir sanções alternativas às privativas de liberdade ou, ainda, à pena de multa. Sem dúvida se tratam de sanções mais humanas e baratas, mais conformes com a ressocialização, embora, reconheça possuírem conteúdo preventivo menor. Essas novas formas de punição contemplariam, como alternativa, sanções (penas) como a prisão domiciliar, a proibição de dirigir e outras medidas sociais terapêuticas ou, ainda, sanções (castigos) como o trabalho em benefício da comunidade ou a reparação do dano.

O incremento de novos preceitos penais, segundo Roxin, há que redundar em um incremento da criminalidade, embora se possa esperar também o incremento de crimes tradicionais como consequência de transformações sociais, técnicas e econômicas, que são prévias ao Direito Penal.

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. *¿Tiene Futuro el Derecho Penal? In: Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 337-360.

#### 4. O FUTURO: A Superação de um Paradigma?

Nesta quadra das discussões é possível se indagar se estamos em vias de superação do paradigma penal atual ou, como já se perguntou, “a ‘superação’ da razão técnico-instrumental, associada à emergência da ‘sociedade do risco’ implicará o abandono do paradigma penal atual (...) e a sua substituição/superação por outro?”<sup>41</sup>

Este novo Direito Penal, das atuais sociedades, pode ser vislumbrado através das ideias de um de seus mais importantes representantes, GÜNTHER JAKOBS, que em conferência realizada em Berlim em 1999, sob o título de “os caminho da ciência do Direito Penal no futuro”, chamou a atenção para a necessidade de se reconhecer e admitir a exigência de um Direito Penal voltado exclusivamente à restabelecer, via sanção punitiva, a vigência da norma violada por alguém e assim restabelecer a confiança dos cidadãos no Direito – *Segurança Normativa*<sup>42</sup>.

Defende, JAKOBS, ainda, a necessidade de um *Direito Penal do Inimigo*, que se traduz na possibilidade do Estado – diante de certos sujeitos (direito penal do autor), inimigos do sistema social, que, de forma grave e reiterada, se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade, tornando-se uma constante e imediata ameaça – reagir mais contundentemente para restabelecer não a confiança e a segurança normativa, mas sim a *segurança cognitiva*.

Neste caso, o Estado tem a autorização de agir mais eficazmente contra este inimigo – *unpersonen* – impondo penas desproporcionais e draconianas, a penalizar condutas, inócuas ou sem qualquer ameaça ou

<sup>41</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal na “Sociedade de Risco”. In: *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 164.

<sup>42</sup> COSTA, Álvaro Mayrink. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 366.

perigo relevante para um bem jurídico ou, é claro, eliminar ou reduzir ao mínimo garantias e direitos do acusado, no processo penal.

Este movimento toma relevância maior em razão dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque; em Dezembro de 2003 em Bali; em março de 2004 em Madrid e em setembro na cidade de Breslan, Rússia e, em julho de 2005, em Londres, que acabaram por provocar o surgimento de leis de exceção, como o *Patriotic Act* americano, que de medida de emergência e temporária se tornou definitiva com sua recente prorrogação por tempo indeterminado.

Paralelamente, surgem leis, de índole similar, em matéria de criminalidade organizada, drogas, tráfico de armas, corrupção, enfim, de um sem número de temas.

É justamente dentro deste cenário que imaginamos um possível caminho a seguir, uma alternativa à radicalização do sistema punitivo.

Acreditamos não haver dúvidas acerca da inexorabilidade do movimento em direção ao incremento punitivo e da redução das garantias em nome de uma maior “eficiência e eficácia” do sistema punitivo, este o anseio social, este o reclamo do povo. Estas são, na expressão de HASSEMER, “as novas tendências do moderno Direito Penal”.

Esta angustiante sensação de que todo nosso esforço é estéril diante de uma prática penal cada vez mais violenta, ambivalente e seletiva; o divórcio entre o discurso acerca da limitação do exercício do poder repressivo, praticamente unanime, e a prática, que longe de limitar-se, ameaça crescer exponencialmente sob a mira de uma insensível cotidianidade naturalizada e, por fim, o bálsamo tranquilizador que nos oferece o mundo das ideias, nos faz buscar, menos que uma resposta superadora dos eternos dilemas do Direito Penal, mas sim a construção de

possíveis mecanismos de ordem pragmática que ajudem a repensar e modificar a própria prática e, assim, a realidade.

Por esta razão, acreditamos na necessidade de uma resposta híbrida para o problema da escolha acerca de que caminhos adotar nesta encruzilhada em que se encontra a ciência penal da atualidade. Escolha que deve ter como *centro de gravidade* o conceito de pessoa, a medida indisponível do Direito concreto.

WELZEL já havia afirmado que o pressuposto mínimo de uma ordem social, que quer obrigar segundo o Direito ao invés de simplesmente subjugar pela força, é o reconhecimento do homem como pessoa responsável<sup>43</sup>.

Uma resposta possível a esta indagação, em nosso sentir, passa, por um lado, pelo reforço ou radicalização dos valores e sentidos constitucionalmente estabelecidos, cujo epicentro é o núcleo de direitos e garantias fundamentais, com a manutenção de um Direito Penal evoluído, adequado às necessidades atuais, mas sem jamais ceder “à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas.”<sup>44</sup>

Por outro lado, há que se concordar, também, com o professor REALE JÚNIOR quando afirma que:

cumpre, então, dar-se início a um processo de descriminalização que desfaça o trajeto construído à luz da ilusão penal, como se o recurso à criminalização fosse uma panaceia que remediasse

---

<sup>43</sup> COSTA. *Op. Cit.*, p. 366.

<sup>44</sup> DIAS. *Op. Cit.*, p. 185.

todos os males da civilização predatória e egoísta de nossos tempos.<sup>45</sup>

Mesmo fora do abolicionismo, não é nenhuma novidade a existência de movimentos ou opiniões descriminalizantes. Já há muito se questiona a necessidade ou a viabilidade do sistema punitivo.

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA se pergunta se “[...] já no século XXI a pessoa mais simplória não tenha consciência de que a prisão não socializa, antes corrompe, degrada, deprime, forma mentes pervertidas, sepulta esperanças, aniquila famílias, contamina, mata social e moralmente?”<sup>46</sup>.

Eis, portanto, a razão de se preservar este núcleo do Direito Penal, deixando-o intocado no que se refere à direitos e garantias. Visto que a ele está ligada a pena privativa de liberdade, *ultima ratio* do sistema de resolução de conflitos e que só deve ser empregada em casos muito especiais, cuja gravidade supere as faces negativas da pena.

Por outro ângulo, entendemos que o Direito Penal deve ser liberado de toda e qualquer conduta que não tenha relação direta com o binômio gravidade e dano social, resultando assim, na permanência, neste núcleo duro denominado de Direito Penal, das condutas consideradas mais danosas e mais graves do ponto de vista social, sendo despido de todas as demais condutas que não possuam estas características.

As condutas expulsas deste núcleo penal poderiam migrar para um sistema alternativo de resolução de conflitos, sem a possibilidade de aplicação de qualquer espécie de pena ou medida acautelatória que

---

<sup>45</sup> REALE Júnior, Miguel. Ilícito Administrativo e o jus puniendi Geral. In *Direito Penal Contemporâneo*. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007, p. 100.

<sup>46</sup> COSTA. *Op. Cit.*, p. 365.

implique na privação da liberdade e sem as características estigmatizantes e nocivas do Direito Penal.

Em razão desta configuração, o sistema procedimental poderia ser abreviado e célere, demonstrando do ponto de vista externo confiabilidade no sistema ou, nas palavras de JAKOBS, confiança normativa.

Trata-se, portanto, em nossa opinião, da possibilidade de criação de um direito sancionador, que pode, a princípio, possuir natureza administrativa, que viabilize o processo de descriminalização, com a migração de diversas figuras delitivas para um sistema de ilícito de natureza diversa da penal, que podem compor um sistema punitivo secundário, um sistema de apaziguamento social alternativo, no âmbito administrativo, sem, é claro, se descuidar da sua ancoragem nos direitos fundamentais constitucionais.

Entende-se o Direito Penal secundário como o direito penal extravagante, acessório que se caracteriza pela sanção com penas a violações de normas de natureza administrativa, não se reconhecendo a existência de diferenças de conteúdo entre crime, contravenção e ilícito administrativo.

Assim, o tema central seria o exame da possibilidade de se afastar ou substituir o Direito Penal tradicional, em certos espaços, por um direito administrativo, de cunho sancionador, que possa assumir uma parcela das responsabilidades postas sobre os ombros do judiciário, sem conter os estigmas do Direito Penal.

É preciso se afirmar que a sanção administrativa é, apenas, um dos meios de expressão do *ius puniendi* do Estado, que deve se sujeitar aos mecanismos de proteção do sujeito sancionado.

Todavia, a captação de espaços originalmente penais pelo incremento de um direito administrativo sancionador permitiria o desenvolvimento de um meio de resolução de conflitos por uma via alternativa ao direito penal, não coercitiva, nos moldes da justiça restaurativa, definida como um processo de resolução de conflitos onde as partes, que se relacionam com determinada ofensa, vêm discutir e resolver coletivamente as suas consequências práticas e as implicações futuras<sup>47</sup>.

Não se trata de nada novo ou revolucionário. Na dogmática alemã do século passado já havia se desenvolvido a ideia de se aceitar a reparação do dano como terceira via de solução de conflitos penais – *Wiedergutmachung als Dritte Spur des Strafrechts*. Esta figura avançou até que encontrou sua máxima cristalização no projeto alternativo da reparação – *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*, publicado na Alemanha em 1992.

A reparação é uma ideia recente no direito penal, um instituto em evolução, a proposito do qual se discute tanto a sua natureza, a sua característica e o seus efeitos. Do ponto de vista da sua natureza jurídica, ainda é um instituto de incerta natureza, pertencente a dois mundos, por assim dizer, o do Penal e o do Civil, posto que possui características próprias de ambos, embora sua origem seja *ius privatista* e deste campo foi importada para o Direito Público<sup>48</sup>.

A ideia da reparação como terceira via foi criticada<sup>49</sup>, alguns se insurgiram e sustentaram que subsiste ao Estado o direito à imposição do castigo, pontuando claramente a distinção entre castigo e compensação, o

---

<sup>47</sup> FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 24.

<sup>48</sup> NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho Penal: Parte General*. T.I fundamentos científicos del derecho penal. 6. ed. Barcelona: Bosch, 2008, p. 99.

<sup>49</sup> HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 102.

que seria o mesmo que distinguir entre direito penal e civil. Esta discussão está estreitamente vinculada com a monopolização do poder punitivo.

Um crítico especial foi HIRSCH, que em sua polêmica com ROXIN afirmou que a reparação seria um abolicionismo encoberto e fincou o pé na necessidade de se manter a distinção entre direito civil e penal<sup>50</sup>.

A Justiça Restaurativa pode ser definida, ainda que provisoriamente, como um procedimento de consenso, voluntário, onde se encontram a vítima, o infrator e, eventualmente, as demais pessoas afetadas pelo crime, como sujeitos que participam coletiva e ativamente na construção das soluções para a “cura das feridas, dos traumas e das perdas causados pelo crime”, levados a cabo nos espaços comunitários, longe da solene e necessária liturgia judicial.

Neste procedimento poderiam ser empregadas técnicas de mediação, conciliação e transação com o objetivo de se atingir o resultado restaurativo, que nada mais seria do que um acordo que visa às satisfações dos indivíduos envolvidos no conflito com vistas a integração social da vítima e do infrator.

Este modelo tem visão apontada para o futuro, para a restauração dos relacionamentos, ao invés de olhar pelo retrovisor, do passado e da culpa. A questão não é mais que o sujeito fez algo e será castigado, mas sim o que pode, agora, ser feito para restaurar a situação e se atingir a paz na comunidade.

Note-se que são práticas restaurativas aquelas desenvolvidas na competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém sem a especificidade, os princípios, os

---

<sup>50</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: *Derecho Penal. Obras Completas*. T. III. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 139-170.

valores, procedimentos e resultados conforme definidos pela ONU. Portanto, não se está a falar, aqui, em algo inteiramente novo, já que o nosso sistema jurídico já conhece e admite a solução alternativa para determinados conflitos.

#### **4.1. Compreendendo Melhor os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e a Justiça Restaurativa**

As raízes da justiça restaurativa podem ser encontradas em diversos campos, inclusive em práticas restitutivas anglo-saxônicas do Século I, na justiça dos Índios americanos e dos aborígenes, no ativismo menonita, na vitimologia e na criminologia abolicionista. O termo justiça restaurativa teria sido dado pelo psicólogo Albert Eglash, quando escrevia sobre reparação. A justiça restaurativa pretende reconstruir relacionamentos após a ocorrência de ofensas ao invés de introduzir uma cunha entre ofensores e a comunidade, principal característica do sistema de justiça criminal da modernidade. Ao invés de impor uma solução do tipo ganhadores e perdedores, sempre presente em sistemas competitivos, a justiça restaurativa pretende restabelecer o diálogo entre todos os envolvidos na ocorrência da ofensa, o que leva a reconstrução da confiança da comunidade e provoca uma adição ao capital social da comunidade<sup>51</sup>.

Existem indícios que a justiça restaurativa está sendo utilizada até mesmo para ofensores violentos. O Estado do Texas, nos Estados Unidos, desde 1993 desenvolveu um protocolo ofensor-vítima para ser utilizado em caso de ocorrência de ofensas violentas e desde então ele já foi adotado por outros doze Estados americanos. Apesar de que dados estão aumentando,

---

<sup>51</sup> LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart. *Essential Criminology*. 2. ed. Boulder: Westview, 2004, p. 332.

ainda há carência de definições e de dados estatísticos que permitam avaliar a performance de cada um dos modelos propostos com o objetivo de dar suporte às esperanças de seus proponentes<sup>52</sup>.

Os conceitos afirmados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa, enunciados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas - de 13 de Agosto de 2002 são:

a) Programa Restaurativo - qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos;

b) Processo Restaurativo - a vítima, o infrator, e demais sujeitos afetados pela conduta do infrator participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados por esta, abrange a mediação, conciliação, audiências;

c) Resultado Restaurativo – é o acordo alcançado como resultado de um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.

É, pois, recente, no âmbito do pensamento nacional, a preocupação com meios alternativos de resolução de conflitos, que se constituem em meios de inegável importância para a melhoria e a distribuição da justiça.

Os meios alternativos de resolução de conflitos poderão representar ganhos qualitativos efetivos na solução e administração de conflitos, sem os efeitos negativos e nefastos dos métodos tradicionais, como a estigmatização e a reincidência; daí a necessidade de se estudar

---

<sup>52</sup> LANIER; HENRY. *Op. Cit*, p. 334.

profundamente o tema, para que este método possa ser desenvolvido, fomentado e difundido.

Em que pese a incipiente aplicação desta modalidade de intervenção no Brasil, sobretudo em sede de conflitos de natureza cível, sua maior contribuição será, sem dúvida, no campo dos conflitos de natureza penal, como uma alternativa essencialmente menos danosa ao sistema tradicional de justiça criminal, com seus efeitos e defeitos conhecidos.

Eis, portanto, a necessidade e o interesse pelo estudo do modelo restaurativo, que deve se desenvolver pela análise da experiência comparada.

Certamente há que se concordar que a Justiça Restaurativa emerge como um dos instrumentos de realização da paz social em meio ao crescimento exacerbado do clima de insegurança que marca a atualidade, diante das estatísticas da violência e criminalidade. Necessária, pois, uma nova forma de justiça, célere e consensual.

Entendemos que este novo modelo de justiça deve levar em conta que o ilícito tem significado que transcende à mera vulneração de uma norma jurídica, vez que produz lesões e prejuízos ao sujeito passivo da conduta (às vítimas), ao sujeito ativo e, também, à sociedade. Este modelo pode se articular ao derredor de quatro princípios:

a) Este modelo requer que a sua energia se enfoque na cura de todos os prejudicados pela lesão causada pela comissão da infração à norma;

b) Os envolvidos devem envolver-se ativamente no processo de justiça;

c) Devemos repensar os papéis relativos e as responsabilidades do Estado e da comunidade, onde o Estado se ocupa da preservação da ordem justa e a comunidade em reestabelecer a paz;

d) Encontro, reparação, reintegração e participação.

Para o aprofundamento do tema, será necessário o enfrentamento de algumas críticas levantadas em relação à justiça restaurativa e que podem ser sintetizadas da seguinte forma<sup>53</sup>:

a) a justiça restaurativa erode direitos subjetivos;

b) a justiça restaurativa aumenta a rede de controle social;

c) a justiça restaurativa trivializa o crime (particularmente a violência do homem contra a mulher);

d) a justiça restaurativa fracassa em “restaurar” vítimas e infratores;

e) a justiça restaurativa não produz reais mudanças e não afasta a reincidência;

f) a justiça restaurativa produz resultados discriminatórios;

g) a justiça restaurativa aumenta os poderes da polícia;

h) a justiça restaurativa não afeta diferenças de poder;

i) a justiça restaurativa encoraja o “vigilantismo”;

j) a justiça restaurativa falta legitimidade;

l) a justiça restaurativa fracassa em promover “justiça.”

---

<sup>53</sup> MORRIS, Alisson. *Criticando os Críticos Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, e R. GOMES PINTO, org., *Justiça Restaurativa Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005*.

## **5. O PANO DE FUNDO: As Questões Teóricas que se Levantam e Precisam de Resposta**

A análise da situação do Direito Penal e a possibilidade de sua substituição parcial por uma forma de resolução de conflitos alternativa enseja uma série enorme de questões para as quais devemos buscar respostas. Todavia, não é escopo deste trabalho encontra-las, aqui nos restringimos a aponta-las parcialmente.

A toda análise de questões em ciências sociais e jurídicas precede um modelo teórico, ou seja, deve partir de uma perspectiva ou olhar teórico previamente definido. O marco teórico ou o modelo teórico por nós pretendido se relaciona diretamente com a análise econômica do direito.

Porém, a primeira questão a ser posta refere-se a uma possível diferença entre ilícitos ou entre as sanções penal e administrativa que surgem como consequência lógica da responsabilidade por ilícitos.

Podemos definir um ilícito típico como um ato – uma ação em sentido amplo - contrário a uma norma regulativa de mandato. Ilícitos atípicos, por seu turno, podem ser concebidos como a concreção de oposição aos princípios (e não às regras)<sup>54</sup>. Os ilícitos podem ser classificados como cível, administrativo, ambiental, etc.

Ao se classificar os ilícitos estamos estabelecendo algum tipo de graduação quantitativa ou há uma diferença qualitativa entre eles? São expressões de um mesmo *ius puniendi* estatal? Qual a natureza jurídica dos ilícitos? O que enseja uma eventual diferenciação da natureza jurídica dos ilícitos e suas consequências?

---

<sup>54</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2000, p. 9

Estas questões, dentre outras, precisam ser, de alguma maneira, tratadas, ou, até mesmo, respondidas se quisermos introduzir ou justificar a existência de meios alternativos de resolução de conflitos e de apaziguamento social.

A dimensão teórica das questões levantadas, sobretudo em razão da forte presença da crença de que a maximização do direito penal seria a panaceia de resolução dos conflitos sociais no imaginário popular, estando esta ideia presente nos discursos da atualidade, precisa ser enfrentada se quisermos desenvolver instrumentos de restauração da paz social que não contenham a violência ou os elementos socialmente negativos do direito penal.

Uma outra questão relevante a ser tratada se refere à dúvida acerca da legitimidade ou possibilidade da pretensão de um direito penal como instrumento de uma justiça restaurativa;

De outra banda, há que se responder a um outra questão que se refere diretamente à eficácia, inclusive preventiva, de direito administrativo sancionador, como instrumento da atitude descriminalizante a ensejar o desenvolvimento de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e de manutenção da paz social.

Outra dúvida se refere à natureza jurídica e onde se posicionaria este método administrativo de solução de conflitos e quais os elementos principiológicos que o conformariam? A descriminalização através do desenvolvimento do direito administrativo sancionador estaria ligada à importância do bem jurídico?

As novas formas de criminalidade, que ensejam a possibilidade do crime resultar em lesões transfronteiriças, encontrariam no direito

administrativo sancionador e na justiça restaurativa os instrumentos mais eficazes para prevenção e repressão de ataques a bem jurídico?

O afastamento do Poder Judiciário não poderia causar prejuízos ao patrimônio de garantias do cidadão sancionado?

Estas são, dentre outras, as questões que estão surgindo e que precisam de uma resposta racional, clara e coerente, capaz de, talvez, autorizar a criação de um mecanismo de solução de conflitos em consonância com os direitos já conquistados e a necessidade, mesmo que apenas aparente, de respostas rápidas por parte da opinião pública.

## **6. MAS, AFINAL, O QUE SE PRETENDE?**

Sir WINSTON CHURCHILL afirmava que a política toma forma a partir do inesperado e ALVIN TOFLER disse que as mudanças se produzem quando ocorre o inesperado, já que se acontece o provável ou o esperado, não há mudança.

De acordo com a ideia imanente de que estamos diante de um momento de inflexão e que a situação do direito penal da atualidade é delicada, sobretudo, em razão da importância dos reclamos da opinião pública que considera a insegurança como uma das suas preocupações prioritárias.

Afinal, vivenciamos um tempo, em que aqueles que devem nos proteger estão mais interessados em descobrir um suspeito do que um culpado. Afinal, hoje basta ser suspeito.

Partindo-se do princípio de que quando a Lei cessa de ser escudo do povo e se transforma em arma nas mãos do Poder, a Liberdade e a Justiça

morrem, independentemente da forma de governo ou de organização da sociedade.

Entendemos que estamos perdendo a lei que nos protege da tirania, nós estamos perdendo a responsabilidade social da lei, que garante que o poder é servo e não o senhor do povo.

E em razão da perda da proteção da lei, nossa liberdade encontra-se ameaçada.

Herdamos um sistema legal no qual a lei existe como meio de busca da Justiça, através do encontro com a verdade.

Sem se falar que os princípios e os Direitos são conquistas humanas, produto de mais de dois mil anos de luta. A sua preservação é uma enorme responsabilidade de cada geração; responsabilidade que nosso tempo teima em negligenciar.

A atual crença no governo ou no poder como uma força para o bem encoraja a prática da caça às bruxas ou demônios.

Quando a lei é menosprezada para melhor perseguir o culpado, é também tomada do inocente. O que fazer se aqueles que perseguem demônios decidirem nos perseguir? Se a lei for deixada de lado, que proteção têm os inocentes?

Por esta razão acreditamos que uma pequena liberdade tomada aqui, um precedente ali, e os direitos do homem se tornam história, perdidos e esquecidos em passado longínquo, uma enorme clareira onde, uma vez, existiam grandes e firmes árvores.

Este momento em que vivemos se caracteriza, cada vez mais, como um Estado policial. Mas, o inesperado é que ele se materialize como resposta aos verdadeiros e legítimos anseios da opinião pública.

O devido processo, a presunção de inocência até que a culpa esteja provada, a proibição de punição baseada em presunção e a irretroatividade da *lex gravior* tombam ante as boas intenções.

Estas boas intenções já estão transformando a lei, que de escudo do inocente transmuta-se em arma usada pelo “estado policial”. Perdida a lei, encontramos a tirania. Quando a Justiça tomba, o resultado é a opressão, algo que nossa geração tem a obrigação de evitar.

A verdadeira liberdade não está na graça do comportamento do Senhor, mas no seu poder limitado. O Rei deve observar o devido processo e o devido procedimento na administração da Justiça.

Para defender a Justiça o Rei não pode inquirir-se pela violação da lei, mesmo que seja para levar uma pessoa culpada à Justiça. Enquanto o Rei pode dar golpes duros, não tem a liberdade para dar golpes sujos.

Em uma sociedade livre a lei fortalece qualquer pessoa em face do arbítrio do governo. Nós estamos seguros na Lei, por que a lei repousa no seio do povo e não na vontade do Estado.

Sem a Lei como escudo, quase tudo o mais é despojado de valor.

A verdadeira questão é se a lei protege o povo do governo ou permite o governo de se assenhorear do povo. Se entendermos a Lei como um conjunto de valores que impedem o governo de usar o sistema legal como um instrumento de opressão, sua beleza está no pressuposto que a lei sirva à Justiça e não ao governo.

A cidadania exige a resistência em face do mal uso da lei e a luta em face da injustiça é um dever. O dever de resistir à uma arrogante e imerecida aplicação da lei.

Por estas razões é preciso se levantar uma bandeira e ser radicalmente intransigente na defesa dos valores da sociedade livre, fundada no Estado Democrático de Direito.

Não temos o direito de fazer mal uso das leis, isto seria um atentado contra nossos antepassados, que verteram suor e sangue na conquista destes mesmos direitos, hoje ameaçados.

Não podemos ousar abusar da lei.

A missão de proteger a sociedade é sagrada, mas a perseguição incontida e sem limites de malfeitores talhou profundamente na carne, deixando pessoas obedientes à lei expostas à ação caprichosa, arbitrária e sem contenções de pessoas que, conquanto desejem fazer o bem, perderam a paciência na tensão existente na proteção da inocência e na punição dos culpados. Tornando mais importante o afastamento de eventuais culpados do que a proteção dos inocentes.

Por isso entendemos que um dos principais desafios da atualidade é a observação e a proteção cuidadosa dos direitos constitucionais dos cidadãos contra práticas ilegítimas, mesmo que silenciosas ou apenas levemente afastadas das formas legais de procedimento.

Assim, eis o dilema: por um lado temos a necessidade de manutenção das conquistas humanas históricas e, por outro, a inexorável realização dos anseios do povo por segurança, mesmo que ao preço de “alguma” liberdade.

É preciso estar à altura dessas duas situações.

Por estas razões, acreditamos que merece análise e desenvolvimento a possibilidade de implantação de um modelo praticamente novo, ainda inexistente, para a proteção dos bens jurídicos e para o restabelecimento da paz, sob os auspícios e a proteção governamental, que, sem possuir nenhuma das características do direito penal, possa ser legitimamente utilizado com rapidez, com economia, para a maximização do bem estar social, sem qualquer confronto com os direitos e garantias fundamentais, estes como pauta mínima de um Estado Democrático e Social de Direito.

Este modelo se traduz na existência e na necessidade de preservação, por um lado, de um núcleo de natureza penal que, na busca de suas finalidades intrínsecas, seja intransigente na proteção do cidadão e de suas garantias e, por outro, a possibilidade de se criar um sistema de solução de conflitos, sem qualquer das características do direito penal, que, por esta

mesma razão, pode ser objeto de flexibilização, inclusive de garantias e direitos, porém que permita a solução de conflitos negociados, rapidamente, em conformidade com os anseios da opinião pública e com a autoridade necessária para acabar com a percepção de uma impunidade generalizada, que permeia o discurso da atualidade e traz instabilidade para as regras do sistema, que tem como consequência a redução da confiança no seu funcionamento.

Entendemos, ainda, que, a princípio, poderíamos admitir a permanência e um único elo de ligação entre estes dois sistemas, que seria a possibilidade de existir uma única razão para a eventual aplicação de uma pena de privação da liberdade: o incumprimento voluntário do acordo restaurativo, independente dos motivos que originaram a necessidade do procedimento restaurativo.

Pretende-se, também, desvelar a existência de uma pauta mínima de direitos fundamentais a conformar tanto o processo judicial como o administrativo, assim como o processo restaurativo a se desenvolver no âmbito de competência da administração pública, que deve se conformar às exigências constitucionais, doutrinárias e existenciais.

## **7. UMA POSSÍVEL JUSTIFICAÇÃO ATRAVÉS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Para além das justificativas lógicas e filosóficas, é preciso se delinear uma razão prática que autorize o caminho pela via alternativa. Acreditamos que esta legitimação de ordem prática pode se encontrar no olhar do direito pelos olhos da economia. A justificação em razão da racionalidade do incremento generalizado do bem estar comunitário ou da maximização da riqueza social é poderosa demais para se deixar ao largo. Por outro lado, o

elevado custo do sistema penal tradicional deve ser levado em consideração no processo de escolha racional entre alternativas.

A análise econômica do direito é portanto uma ferramenta e um referencial teórico a ser utilizado.

Por este motivo é necessário se saber, afinal, o que é a análise econômica do direito? Trata-se de um marco regulatório teórico próprio? Ou trata-se de um modelo de pesquisa? Melhor, estaríamos diante de uma metodologia?

Podemos definir a economia como o estudo da alocação de recursos escassos com o objetivo de satisfazer necessidades conflitantes entre si. Economia nada mais é do que o estudo do problema da escolha. Quando inexitem alternativas, não há problema de escolha e, por consequência, não há problema econômico<sup>55</sup>.

Economia é uma ciência da escolha

Apesar da teoria econômica ter como objeto tradicional de estudo, o comportamento de indivíduos e de organizações no mercado, uma análise da ferramenta analítica base sugere a possibilidade de se utilizar os conceitos básicos da economia de uma forma mais ampla.

A economia, para além de examinar a inflação, o desemprego, o desenvolvimento, entre outros, é uma teoria das escolhas racionais, “de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam”.

Neste sentido, se entende que a sociedade deve se utilizar de uma análise de custo-benefício para orientar às suas decisões, no sentido de buscar a “maximização da riqueza” social.

---

<sup>55</sup> BECKER, Gary S. *Economic Theory*. New Brunswick: Transactional Publishers, 2008, p. 1.

Todos os custos, inclusive os não pecuniários, devem ser analisados para se definir o que são práticas eficientes que evitem o desperdício social.

A análise econômica do direito enfrenta os problemas apresentados de uma forma pragmática, analisando as decisões sociais, não em custos passados, mas sim em relação aos benefícios que podem ser colhidos nas diversas soluções alternativas possíveis.

É plausível se supor que as pessoas sejam racionais, somente ou primordialmente, transacionando nos mercados e não quando se encontram engajadas em outras atividades da vida? Se a racionalidade não está confinada a transações de mercado explícitas, mas sim uma característica dominante do comportamento social, então o aparato conceitual e tecnológico desenvolvido, por gerações de economistas, para explicar o comportamento nas pessoas dentro do mercado, pode ser, também, utilizado para explicar o seu comportamentos fora do mercado<sup>56</sup>.

El Análisis Económico del Derecho, partiendo de los principios del utilitarismo y del pragmatismo filosófico americano (Peirce, Ames, Dewey), tiene como supuestos doctrinales y metodológicos más inmediatos, junto a los principios del neoliberalismo económico (liberidad económica individual, eficiencia económica y equidad en la distribución de recursos), la idea de que los objetos de las ciencias sociales (Historia, Política, Derecho...) poseen una naturaleza y estructura similar al objeto propio de la ciencia económica – la conducta humana (G. Becker, R. Posner) – por lo que son susceptibles de ser estudiados desde el punto de vista de la Teoría económica, entendida como método (en este sentido se ha hablado del “imperialismo” de la ciencia económica).<sup>57</sup>

O direito como ciência ou como instrumento social não pode prescindir dos elementos trazidos pela ciência da economia, afinal “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”<sup>58</sup>. O direito

---

<sup>56</sup> POSNER, Richard. *The economics of Justice*. Cambridge: Harvard, 1983, p. 1.

<sup>57</sup> MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la Teoría Jurídica: la Reducción del Derecho a Regla Técnica. Persona y Derecho*, n. 40, Navarra: Ed. Universidad de Navarra, 1999, p. 427-428.

<sup>58</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p. 42

possui limites que lhe são próprios e, por isso, não deve normatizar o inalcançável<sup>59</sup>.

Apesar do discurso frequente, temos que concordar com AMARAL quando afirma que os “Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto”<sup>60</sup>

AMARAL nos revela a imbricação entre direito e economia, desde a formulação de políticas públicas e o orçamento público, que efetivamente é uma escolha, portanto uma decisão de alocação de recursos escassos que refletem decisões políticas ao afirmar que “as finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar do que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes”<sup>61</sup>.

Como existe escassez de recursos para se atender as demandas públicas, a alocação dos recursos se tornou essencial e se traduz na ideia de quanto disponibilizar e a quem atender.

Os critérios de alocação dos recursos são objeto de estudo da justiça distributiva.

## **8. À guisa de uma conclusão**

A maior singularidade do direito não está na crença sobre a qual o ocidente prosperou, senão nos recursos interpretativos que contém. Como qualquer outro sistema normativo, o direito se converteu em uma técnica da

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Dez Anos da Constituição*. Apud AMARAL, Gustavo. *Direito. Escassez, Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p. 5.

<sup>60</sup> AMARAL. *Op. Cit.* p. 42

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 42

proibição<sup>62</sup>. O homem não nasce racional, mas se torna racional ao alcançar um sentido que compartilha com os demais seres humanos. Cada Sociedade, portanto, introduz a razão a seu modo. A trama a que denominamos de sociedade é formada por laços de palavras que vinculam aos homens uns com os outros<sup>63</sup>.

“Como os direitos fundamentais são a positivação de direitos humanos, que tem natureza de direitos morais, cabe indagar se há também um critério prepositivo de alocação, que possa, tal como os direitos morais, ser deduzido e afirmado pela razão, ou se, ao contrário, as decisões alocativas, especialmente de primeira e segunda ordem, comportam opções políticas intercambiáveis, ainda que com resultados finais dispares”.

A justiça do direito (teorias que procuram explicitar ou encontrar o fundamento de justiça do direito) está na existência de meios legais de resolução de conflitos e de manutenção da paz no seio de uma dada comunidade, que possua eficiência e eficácia, isto é, que seja capaz de produzir resultados que maximizem a riqueza social. Trata-se, aqui, de se alcançar o justo, pelo caminho do menor dispêndio, sem que isto aconteça à custa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, devendo estar sempre presente a preocupação com a garantia dos direitos do hipossuficiente no processo, salvaguardando o seu máximo conteúdo possível<sup>64</sup>.

Assim, há que se concluir que o direito de punir não é absoluto e, neste diapasão, a sociedade só deve punir (diga-se gastar na produção da pena) quando for socialmente útil.

---

<sup>62</sup> SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007, p.

<sup>63</sup> SUPIOT. *Op. Cit.*, p. 11

<sup>64</sup> SANTANA, Selma. Pereira de. A Tensão Dialética entre os Ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”. In: *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio*. FÖPPEL, Gamil (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 892.

Diversos são os meios de se resolver conflitos sociais; neste sentido, a sociedade deve se utilizar dos meios mais eficientes e eficazes (diga-se os menos dispendiosos e capazes de maximizar os resultados); o direito penal é um sistema de alto custo e, como tal, só deve ser empregado quando realmente maximizar a riqueza social.

Os demais casos devem ser tratados por meios distintos, socialmente mais eficientes, menos violentos e que sejam capazes de integrar, em vez de dividir, a comunidade.

## 9. Referências

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.
- ANDRADE, Vera Regina de. **O Controle Penal no Capitalismo Globalizado**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 81, São Paulo: RT, 2009.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2000
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BECKER, Gary S. *Economic Theory*. New Brunswick: Transactional Publishers, 2008.
- CHOUKR., Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- COSTA, Álvaro Mayrink. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DERSHOWITZ, Alan M. *Preemption: A Knife That Cut Both Ways*. New York: Norton, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal na “Sociedade de Risco”*. *In: Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- DORADO, Pedro. *El Derecho Protector de los Criminales*. Tomo I, Madrid: V. Suárez, 1916.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Y Garantías: La Ley del mas Débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa. Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: Derecho Penal: Obras Completas*. Tomo III. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Barnes & Noble, 2004.
- JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Capitales*

- del Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. ***Derecho Penal Del Enemigo***. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- KEISER, Günther. *Kriminologie*. 9.Auflage. Heidelberg: C.F.Müller, 1993.
- LANIER, Mark M.; HENRY, Stuart. ***Essential Criminology***. 2. ed. Boulder: Westview, 2004.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. **A Estrutura Ontológica das Coisas Como Recurso Garantidor no Direito Penal. In: *Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir***. São Paulo: RT, 2007.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto. ***Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la Teoría Jurídica: la Reducción del Derecho a Regla Técnica***. Persona y Derecho, n. 40, Navarra: Ed. Universidad de Navarra, 1999.
- MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: *Justiça Restaurativa***. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e R. GOMES PINTO (org.). Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **García Arán. Mercedes. *Derecho Penal: Parte General***. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE. **Francisco. *Direito Penal e Controle Social***. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al Derecho Penal*.
- NAPPI, Juan L. Finkelstein. **Hacia la ruptura de las peligrosas**

**alianzas. La paradoja del extraño maridaje entre ciertas víctimas de violaciones a derechos humanos y un sistema penal viciado. In: PASTOR, Daniel. *Neopunitivismo Y Neoinquisición*. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado. Buenos Aires: AdHoc, 2008.**

NAVARRETE, Miguel Polaino. ***Derecho Penal: Parte General. T.I fundamentos científicos del derecho penal***. 6. ed. Barcelona: Bosch, 2008.

ORSI, Omar G. ***Los Límites del Legislador Penal: Discurso penal y programa constitucional***. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

OSÓRIO, Fabio Medina. ***Direito Administrativo Sancionador***. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PAVARINI, Massimo. ***Un Arte Abyecto: Ensayo sobre el gobierno de la penalidad***. Buenos Aires: AdHoc, 2006.

POSNER, Richard. ***The economics of Justice***. Cambridge: Harvard, 1983.

REALE Júnior, Miguel. ***Ilícito Administrativo e o jus puniendi Geral. In: Direito Penal Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir***. São Paulo: RT, 2007.

RIPOLLÉS. José Luis Diéz. ***La Política Criminal em La Encrucijada***. Buenos Aires: BdeF, 2007.

ROXIN, Claus. ***¿Tiene Futuro el Derecho Penal?***. In: *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

- ROXIN, Claus. ***Derecho Penal: Parte General. T.I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.*** Madrid: Civitas, 2003.
- SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. ***A Expansão do Direito Penal.*** 1. ed. São Paulo: RT, 2002.
- SANCHIS, Luis Prieto. ***Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.*** Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SANTANA, Selma P. ***Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.*** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.
- SANTANA, Selma. Pereira de. ***A Tensão Dialética entre os Ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”.*** In: ***Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio.*** FÖPPEL, Gamil (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. ***Um Discurso Sobre as Ciências.*** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004.
- STEINERT, Heinz. ***Mas Alla del Delito yde la Pena.*** In: ***Abolicionismo Penal.*** Buenos Aires, Ediar, 1989.
- SUEIRO, Carlos Christian. ***La política Criminal de la Posmodernidad: La contienda en los albores del s. XXI entre dos modelos politico-criminales.*** Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2010.
- SUPIOT, Alain. ***Homo Juridicus: Ensayo sobre la function antropológica del derecho.*** Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007.
- WELZEL, Hans. ***Derecho Penal Aleman: Parte General.*** 11. ed. 4. ed en español, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***Apuntes sobre el pensamiento penal en***

*el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.