



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCEL ENGRÁCIO LEAL DA SILVA

**O REFLEXO DO PARADIGMA PUNITIVO NAS CRÍTICAS À
JUSTIÇA RESTAURATIVA**

SALVADOR-BA
2018

MARCEL ENGRÁCIO LEAL DA SILVA

**O REFLEXO DO PARADIGMA PUNITIVO NAS CRÍTICAS À
JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Dissertação apresentada como parte da exigência para obtenção de Título de Mestre em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Linha de pesquisa: Justiça Restaurativa

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana

SALVADOR-BA
2018

SILVA, Marcel Engrácio Leal da Silva.

**O REFLEXO DO PARADIGMA PUNITIVO NAS CRÍTICAS À
JUSTIÇA RESTAURATIVA**

144 f.

Orientadora Selma Pereira de Santana

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Justiça Restaurativa. 2. Críticas. 3. Paradigmas. I.
Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Santana,
Selma Pereira de. III. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Defesa da dissertação de mestrado do mestrando, Marcel Engrácio Leal da Silva, intitulada: **O REFLEXO DO PARADIGMA PUNITIVO NAS CRÍTICAS À JUSTIÇA RESTAURATIVA**, orientado pela Professora Doutora Selma Pereira de Santana, apresentado à banca examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 27 de Julho de 2018. Os membros da Banca Examinadora consideraram o candidato _____ . Banca Examinadora:

Selma Pereira de Santana – Orientadora _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia – Examinador _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Universidade Federal da Bahia

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro - Examinadora _____
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Católica do Salvador

AGRADECIMENTO

Quando penso em agradecer, aparecerem tantas pessoas em minha mente, pois, nessa aventura que é a vida de mestrando, encontrei diversos tesouros.

O primeiro tesouro encontrado foi força e persistência que Deus me mostrou que possuía em cada desafio enfrentado;

Encontrei também uma esposa maravilhosa, Tatiane Dias, que me apoiou, vivendo com saudades, mesmo estando ao meu lado;

Descobri a representação do amor à docência na minha orientadora, Selma Santana, que me acolheu como preferido (é claro), proporcionando os momentos de alegrias vividos nessa jornada;

Descobri quantas vezes minha mãe pode perguntar se já concluí o mestrado e nunca me deixar pensar em desistir;

Encontrei a sorte de ter tantas irmãs e irmãos que me fazem sentir uma pessoa especial;

Encontrei um grupo de apaixonados pela Justiça Restaurativa que dividiram comigo a angústia e o apoio necessário para concluir essa etapa, Caio, Fausta, Fernando, Marcus, Tássia e Yago.

Descobri, em minhas alunas e alunos, o carinho que me fez acreditar que a docência é a minha realização.

E, por último, meus tesouros, Amanda e Heitor que, em cada abraço e olhar, deram-me a paz que precisava.

RESUMO

Este trabalho de pesquisa aborda a presença do paradigma penal moderno constituído sobre o pilar punitivo e monopólio da sanção pelo Estado nas críticas ao modelo de solução de conflito denominado Justiça Restaurativa. Apresenta o caminhar da evolução jurídica penal, através de uma perspectiva construtivista, onde se formula as características principais que explicam as revoluções científicas propostas pelo filósofo Thomas Kuhn que estabelece como mecanismo de progresso da ciência a formação de paradigmas científicos. Divide-se, como recorte epistemológico no âmbito jurídico penal, a demonstração das etapas de construção de paradigmas com o respectivo momento de sua ocorrência em cada período histórico da humanidade, ou seja, pré-modernidade, modernidade e pós modernidade com a configuração processo evolutivo que é caracterizado inicialmente na ausência de ciência jurídica penal na pré-modernidade, a formação do paradigma punitivo no Estado moderno e por conseguinte o progresso acumulativo concretizado pela força paradigmática durante a modernidade, por fim a crise paradigmática e a abertura para a formação de novos modelos de solução de conflito. A partir das considerações de cada fase paradigmática em cada época, pode-se caracterizar a forma de pensar os elementos marcantes da ciência penal em cada etapa, então discutir a presença da influência do paradigma punitivo no debate sobre a implementação da Justiça Restaurativa.

Palavras-Chaves: Críticas, Justiça Restaurativa, Paradigma

ABSTRACT

This research talks about the presence of the modern penal paradigm constituted above the punitive pillar and the monopoly of the sanction by the State, inspired by the critics provided by the model of conflict resolution as known as Restorative Justice. It presents the path of criminal legal evolution, through a constructivist perspective, which formulates the main characteristics that explain the scientific revolutions proposed by the philosopher Thomas Kuhn that establishes as a mechanism of progress of science the formation of scientific paradigms. It is divided, as an epistemological cut in the criminal legal area, the demonstration of the stages of construction of paradigms with the respective moment of their occurrence in each historical period of humanity: premodernity, modernity and postmodernity with the evolutionary process configuration which is initially characterized in the absence of criminal legal science in premodernity, the formation of the punitive paradigm in the modern State and therefore the cumulative progress concretized by the paradigmatic force during modernity, finally the paradigmatic crisis and the opening for the formation of new conflict resolution models. From the considerations of each paradigmatic phase in each time, it will possible to characterize the way of thinking about the outstanding elements of criminal science at each stage, then discuss the presence of the influence of the punitive paradigm on the debate on the implementation of Restorative Justice.

Keywords: Reviews, Restorative Justice, Paradigm

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A CERTEZA ACIENTÍFICA DA PRÉ-MODERNIDADE.....	14
2.1 A AUSÊNCIA DE CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL	17
2.2 OS CORPOS SOCIAIS E AS CRIMINALIZAÇÕES DE COMPORTAMENTOS .	19
2.3 AS MULTIFACETAS DA VINGANÇA.....	21
2.4 O PERÍODO PRÉ-PARADIGMÁTICO DA CIÊNCIA PENAL	26
3 A CERTEZA RACIONAL DA MODERNIDADE E A CIÊNCIA PENAL	30
3.1 A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CIENTÍFICO.....	31
3.2 A CIENTIFICIDADE DAS CIÊNCIAS HUMANAS	34
3.3 A CONSTRUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA.....	36
3.4 A CIÊNCIA JURÍDICA PENAL E SEUS ELEMENTOS	41
4 A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA PENAL MODERNO E SUA EVOLUÇÃO ...	48
4.1 AS FASES DA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA.....	49
4.2 A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA CIENTÍFICO	51
4.3 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E A CONCENTRAÇÃO DE PODER .	52
4.4 A RACIONALIDADE PENAL MODERNA E O PARADIGMA PUNITIVO	58
4.5 A EVOLUÇÃO PROGRESSIVA DA CIÊNCIA NORMAL	68
4.6 A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO	79
5 A CERTEZA DAS INCERTEZAS DA PÓS-MODERNIDADE.....	88
5.1 O PENSAMENTO NA PÓS-MODERNIDADE	89
5.2 A DEMOCRACIA E A REDESCOBERTA DOS ATORES SOCIAIS	92
5.3 A AUTONOMIA DA VONTADE E A DOGMÁTICA PENAL.....	99
5.4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O NOVO PARADIGMA PENAL.....	107
5.5 AS CRÍTICAS E MITOS SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	114
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

O processo evolutivo social deixa evidente a sinergia entre direito e sociedade. A ciência jurídica tem relação direta com este processo gerando reflexos mútuos com a forma de agir social. O processo de conformação de premissas, métodos e objeto de estudo das ciências sociais é configurado a partir de demandas sociais ou estruturas de poder.

A estrutura de controle legitimado pela religião e moral da pré-modernidade, a busca por uma ordem social da modernidade, bem como a pós-modernidade com a quebra de uma ordem universal que impossibilita a formulação de dogmas sociais caracterizam a comunidade e, por consequência, a formulação de pensamento e suas expectativas no Direito Penal em cada época.

A sociedade evolui, de forma intuitiva e gradual, diferentemente do pensamento científico que não evolui da mesma maneira. Não há o surgimento aos poucos de novos pressupostos, teses e teorias similares até formar um novo entendimento. O que ocorre é um predomínio na forma de pensar de determinada época que tem influência direta nos questionamentos científicos até a busca de respostas. Uma força interna que modela as ações dos cientistas fornecendo premissas e orientando o silogismo na busca de resultados. Muito mais do que uma perspectiva, ou seja, um filtro sobre a realidade, o paradigma estabelece um sistema conceitual e interpretativo que determina a própria forma de observar ou explicar a realidade.

O Direito Penal, como fragmento da ciência jurídica, possui todos os elementos peculiares para estudo do seu objeto. Como toda ciência caminha através de saltos para cada paradigma, o estudo jurídico penal possui, também, o seu próprio. O estudo jurídico penal possui suas premissas, pressupostos, teorias e métodos para estudar o sistema penal, ou seja, a sua forma de observar e explicar o seu objeto de estudo. Pode-se identificar que esta parte da árvore do Direito terá sua perspectiva voltada para o conjunto normativo, o crime e a pena.

O trabalho de pesquisa busca identificar a relação do paradigma punitivo com as críticas apresentadas à Justiça Restaurativa. Para isso, aborda a evolução, através de paradigmas jurídicos penais, buscando refletir o pensamento que caracterize a ciência jurídica criminal para cada época. O desenvolvimento do trabalho científico foi dividido entre a certeza irracional da pré-modernidade, a

certeza racional da modernidade e a certeza das incertezas da pós-modernidade. Na caracterização de cada época, a pesquisa apresenta os elementos essenciais que moldam a natureza do crime e a resposta para a conduta delituosa, bem como a fase da evolução paradigmática.

A pré-modernidade se organizava impondo um conjunto de regras que não constituía um sistema jurídico. As previsões de comportamento eram passadas por costumes e o poder ilimitado da comunidade determinava como seria a pena que, em sua maioria, era desproporcional. As leis escritas, quando surgiram, ainda eram expressões da vontade do soberano e não da sociedade através de uma manifestação política.

Na pré-modernidade a resposta para a prática considerada delituosa é a vingança, este instituto de reação ao crime é encontrado da pré-história até a Idade Média. O ato de se vingar era estabelecido pela força da vítima ou do grupamento a que pertencia, não observando critérios como culpabilidade ou proporcionalidade. Por vezes, todo clã respondia pela prática de uma só pessoa. Esta era estabelecida de forma privada tendo como espécie principal a perda da vida, que poderia acontecer pelo banimento já que o homem sozinho ficava a mercê na natureza e ataque de outras comunidades ou outros meios cruéis.

A formação do Estado Moderno transforma o pensamento sobre o Direito Penal. A abordagem científica voltada ao processo de criminalização e aplicação a punição se preocupa, principalmente, em legitimar o *ius puniendi* e estabelecer suas fronteiras. A limitação das arbitrariedades e a influência do Estado de Direito determinaram as características da ciência jurídica penal. Ocorre a construção do paradigma punitivo que afasta institutos de autonomia privada na solução de conflito.

O crime passa a ter a natureza de um fato jurídico, ou seja, contrário à previsão legal e a pena tem como enfoque ser o mecanismo do Estado com a finalidade de aplicação da sanção prevista em lei. A criminalidade é o centro do estudo penal. O crime evolui do aspecto formal, a previsão de comportamento proibido, passando pelo aspecto material, como afronta ao rol de bens jurídicos relevantes até o conceito analítico do crime, base dos sistemas jurídicos penais.

A teoria da pena construída na modernidade buscou legitimar a violência do Estado sobre a liberdade do indivíduo. A discussão se voltou, principalmente, para a finalidade da pena que, de forma paradigmática, era a resposta para o injusto penal. A noção de castigo estava intrínseca ao exercício do Poder do Estado, e a

concepções teóricas se dirigiam a sintetizar uma finalidade. Consolidou-se a função do Direito Penal como ramo do Direito Público que visa, inicialmente, o estudo do crime para, posteriormente a proteção de direitos individuais e a garantia na aplicação da pena legitimada a partir de uma conduta reprovada pela sociedade.

No final do século XX, a compreensão da sociedade através de parâmetros estáticos e totalizantes entrou em crise. A comunidade que antes era explicada através de padrões possui uma nova roupagem com a presença de individualidades que rompem a generalidade. A pós-modernidade é marcada pela descontinuidade. O mundo globalizado com estruturas sociais próximas vivendo em um mesmo espaço desordenado demandava uma nova postura científica.

A razão fria de sentimentos regulando a ciência dá espaço, cada vez mais, a questionamentos axiológicos onde verdades alheias devem possuir espaços discussões científicas que permitam novas abordagens ou soluções sem uma disputa de prevalência como modelos já concebidos. O convívio com o outro permanente demanda uma desconstrução de concepções absolutas.

O Direito Penal, por sua vez, tornou-se mais complexo, o etiquetamento de condutas proibidas e sanção penal imputadas respectiva através de critérios legais demonstrou que este modelo, que privilegia o monopólio estatal, não conseguiu trazer uma harmonia social. A valoração da pena não satisfazia como único critério de proporcionalidade entre conduta e promoção de justiça. O critério funcional do Direito Penal como fator de prevenção especial contradizia a própria realidade social. O aumento de condutas previstas como crimes, bem como a valoração da pena não conseguiram diminuir o número de delitos, questionando-se o Direito Penal como elemento de pacificação social.

A observação do paradigma fornece elementos para explicação da construção epistemológica da ciência jurídico penal, a forma de pensar e a maneira de agir da sociedade. Configura bases para legitimarem ou deslegitimarem a forma de punir e apresentar outras consequências viáveis para a solução do conflito.

O Direito Penal atual demanda novas soluções, entretanto sofre reflexos ainda do processo de desconstrução paradigmático. A pós-modernidade tem, por característica, não sedimentar posicionamentos, lógicas e certezas. O aspecto negativo é não estabelecer um parâmetro sólido para configuração de ordens universais; por outro lado seu aspecto positivo é apresentar novas formas de pensar, novas demandas e oportunizar novas soluções. O Direito Penal sofre a pressão pela

mudança e ainda não estabeleceu qual o seu novo retrato, seus limites e a legitimidade de ser mais um ramo do direito que buscar solucionar conflitos e harmonizar interesses em vista da paz social.

Assim, apresenta as críticas e mitos voltados à Justiça Restaurativa em virtude da visão do paradigma punitivo ainda presente no momento atual. As reflexões demonstradas possuem o corte epistemológico com a perspectiva paradigmática dos institutos jurídicos penais e processuais penais construídos ao longo do Direito Penal na modernidade.

A Justiça Restaurativa traz a mediação como um dos elementos de solução de conflitos penais, rompendo o paradigma lógico-racional que direciona como caminho único do crime a aplicação de pena. A multidimensionalidade das consequências jurídico-penais atende uma concepção pós-finalista e funcional do Direito Penal.

A Justiça Restaurativa busca legitimar e tornar eficiente a resposta ao conflito jurídico-penal. Redefine a missão da justiça penal, principalmente, através de elementos que tragam a superação da filosofia do castigo, por consequência, a própria lógica penal do crime e castigo, e a restauração da harmonia social com participação da vítima e sociedade. A consensualidade como método de solução é a oportunidade de realizar efetivamente justiça, da maneira menos violenta possível. O âmbito penal se torna mais amplo coadunando com a finalidade de todo o sistema jurídico.

Constata-se a relevância do tema na construção evolutiva do processo de paradigmático jurídico penal relacionando aos argumentos que tentam obstacularizar a implementação já em curso da Justiça Restaurativa. O momento atual possibilita a atuação da Justiça Restaurativa convergindo com valores mais humanos com sistema abertos de solução de conflito que não confrontam a construção teórica do Direito Penal e o atendimento dos objetivos pós-positivistas.

A pesquisa se torna interessante ao demonstrar que a pós-modernidade demanda uma flexibilização de dogmas penais através da sistematização da mediação penal e outros métodos restaurativos, com a participação da vítima e comunidade no processo de soluções de conflitos penais. A possibilidade aberta pela quebra de paradigma punitivo da convivência de verdades parciais, ou seja, o pensamento tradicional sobre o Direito Penal coadunando com modelos jurídicos consensuais.

A técnica de pesquisa adotada é a pesquisa bibliográfica, evidenciando a evolução do pensamento Jurídico-Penal em suas passagens, bem como a pesquisa documental, demonstra o momento de crise evidenciado no Direito Penal e a construção da Justiça Restaurativa como quebra de paradigmas jurisdicionais na composição de conflitos. Desta forma, serão consultados como fonte de pesquisa os serviços bibliotecários, os livros em circulação, periódicos, revistas especializadas.

O pensamento científico diverso sofre o processo de mutação através do rompimento paradigmático onde ocorre a desconstrução do paradigma enraizado para a formação do posterior. Em cada etapa deste processo, o estudo buscou retratar o Direito Penal através dos elementos que constroem o paradigma de fase da evolução social humana. Desenvolve-se tomando cinco pontos o contexto histórico-social, a perspectiva filosófica respectiva, o conceito do crime e os fatores que influenciam sua determinação e a resposta ao delito penal.

Uma análise crítica será utilizada, considerando os aspectos inerentes à evolução científica do Direito Penal através de uma abordagem construtivista de modelos que possam explicar a forma de pensar em cada fase abordada. A pesquisa terá, como ponto de partida, os aspectos históricos, caminhando pelas teorias filosóficas e jurídicas, em cada etapa, sobre a matéria para compreender o fenômeno da construção e desconstrução dos paradigmas jurídicos penais.

2 A CERTEZA ACIENTÍFICA DA PRÉ-MODERNIDADE

A sociedade paulatinamente evolui na sua forma de se relacionar, seja em relações interpessoais ou com a própria natureza. O termo “evolução” é utilizado no sentido de desenvolvimento de formas de agir e valores que são estabelecidos culturalmente. Como diz o poeta “assim caminha a humanidade com passos de formiga e sem vontade”(LULU SANTOS, 1994).

A evolução do homem está intrinsecamente relacionada à sua forma de conceber o mundo. Esta concepção é estabelecida, a partir do entendimento que a sociedade adquire dos elementos que compõe a própria realidade.

Pode-se atribuir a realidade a classificação do objeto do conhecimento. O mundo exterior ao sujeito de pesquisa que busca representá-lo através de símbolos que constroem o pensamento. “Os conceitos não nascem dentro do sujeito, mas sim da apropriação adequada que ele faz do exterior”(LUCKESI, 2002, p. 16). O adquirir de forma adequada significa, um esforço para observar o mundo exterior através da utilização de recursos metodológicos válidos.

O pensamento é elemento essencial do caminhar da humanidade e sua evolução, no entanto, o pensar é diferente do perceber. O pensar está relacionado ao processamento de informação que é adquirida através da percepção. O sujeito do conhecimento realiza uma reflexão crítica sobre um objeto para deter uma compreensão da realidade.

O conhecimento, por sua vez, possui uma natureza caracterizada pela universalidade dentro de uma comunidade. Apesar de sofrer influência de aspectos históricos e sociais, o conhecimento ignora a vontade do sujeito, no que tange a realidade dos fenômenos. A realidade é única, alterando a observação ou a forma de explicar a natureza, ou seja, a abordagem dos agentes de pesquisa abarca fatores relativos à aspectos coletivos da forma de pensar.

A ciência tem a dicotomia fundamental a observação e a explicação. Basicamente, não importando qual seja a área de atividade humana ou objeto a ser estudado, todo estudo empreendido terá esses dois elementos adotados em algum momento, para alcançar seu objetivo. A reflexão, sem a constatação, é mera especulação ou a experimentação, sem a construção de uma lógica, não pode ser considerada como ciência.

O conceito de ciência mais amplo é o de Ander-Egg, “A ciência é um conjunto

de conhecimentos racionais, certos ou prováveis, obtidos metodicamente, sistematizados e verificáveis que fazem referência a objetos de uma mesma natureza” (1978, p. 15). Esta conceituação reforça a dicotomia, pois os outros elementos que caracterizam a ciência são intrínsecos, a observação e a explicação.

Pode-se afirmar que a diferença entre as concepções básicas de ciência será pela forma de investigar ou demonstrar os fenômenos naturais ou sociais. A racionalista e sua hipótese-dedutiva, o empirismo e a hipótese-indutiva e o construtivismo com a criação de um modelo aproximado da realidade serviram às demandas de entender a realidade de cada época. “O conhecimento é uma forma de interpretação da realidade que visa a elucidá-la. Ou seja, desvelá-la, compreendê-la, torná-la inteligível; em síntese encontrar a verdade” (LUCKESI, 2000, p. 16). Apesar de termos um conceito delimitado de ciência, o entendimento do que seria conhecimento válido teve perspectivas, transformações e nuances variáveis conforme o pensamento histórico-social.

A noção de continuidade temporal, tão presente na perspectiva humana sobre a realidade, influencia o falso entendimento de evolução científica, o passado ultrapassado pelo presente. A ideia que o antigo é inferior e o novo é o progresso facilmente incentivada pela necessidade do homem por novos horizontes foi negada a partir da constatação que a produção de conhecimento científico é descontínuo. Não há uma evolução linear do conhecimento humano, um conjunto de pressupostos, noções, ideais científicos que detém uma unidade em um espaço e tempo.

Adão e Eva já foram os primeiros habitantes, a Terra já foi o centro do Universo e a pena era a única resposta para o crime. Diferentemente do processo social de mudança de comportamento, o pensamento científico não evolui de forma gradual, surgindo aos poucos novos pressupostos, teses e teorias similares até formar um novo entendimento. O que ocorre é um predomínio na forma de pensar de determinada época, ou seja, a natureza coletiva do pensamento científico, que tem influência direta desde os questionamentos até a busca da verdade.

A sociedade primitiva possuía conhecimento incipiente sobre a natureza, no entanto, não pode ser considerado, como ciência segundo a perspectiva atual. O indivíduo lutava por sobrevivência e, para isso, estabelecia regramentos necessários. Estes conjuntos de normas de comportamentos não eram observados por uma ciência jurídica, embora existissem pessoas com conhecimento

interpretativo. Não há como estabelecer uma universalidade na forma de pensar primitiva, pois havia diversas maneiras e fatores que influenciavam a racionalidade humana.

Há muitas normas de conduta nas sociedades selvagens, certas regras consideradas como obrigações compulsórias de um indivíduo ou grupo. O cumprimento de tais obrigações é normalmente recompensado segundo a medida de sua perfeição, ao passo que sua desobediência recai sobre o negligente. (MALINOWSKI, 2003, p. 17)

Nas sociedades primitivas, não havia uma centralização de poder, mas sim diversas forças que fomentavam o sentimento de obrigatoriedade no comportamento. O costume detinha papel fundamental na definição de condutas dos indivíduos. A ausência de administração instituição demonstra que as razões para a adequação às regras não escritas está mais próxima à autonomia do indivíduo do que de uma imposição e uma autoridade centralizada.

Com o passar do tempo, a centralização dos mecanismos de coerção começaram a ocorrer. Inicialmente ainda de forma difusa através de instituições sociais como características próprias e âmbitos de atuação.

A fase humana pré-moderna tem, como característica, a ausência do ser individual. O homem era um objeto da coletividade. Este ser pertencia à tribo em que vivia, a família que nascera. A divisão de classes era estabelecida pelas crenças e religião, não havendo separação entre o poder das autoridades da comunidade e dos sacerdotes. Havia uma ordem universal que orientava os indivíduos dentro de um mesmo grupo social. (FURMANN; SILVA, 2017). A sociedade era extremamente hierarquizada e cada casta tinha o seu papel delimitado formando um tecido social necessário para sobrevivência.

O Marquês de Beccaria (1764) observou que as sociedades resistiam umas contras às outras. O indivíduo vivia em bandos que estavam em conflito permanente. Atribuiu-se a este estado de guerra entre os homens à ausência de lei, pois não havia um ponto de união entre os indivíduos e somente a norma jurídica poderia estabelecer a coesão.

A punição era uma necessidade para a garantia da coletividade, pois a previsão de comportamento mantinha a sobrevivência de todos. “Mesmo quando ainda não se tinha a escrita, para oficializar o Direito, já se tinha noções de regras impostas pelos grupos sociais” (ALBERGARIA, 2012, p. 12). A previsão de

comportamento estabelecida pela comunidade era necessária e o exercício do poder da sociedade sobre o indivíduo esteve presente no início e em toda a pré-modernidade.

A funcionalidade do coletivo era vivida, de forma expressiva, caracterizando o pensamento social com a noção de um corpo criado por um Deus (ou outra entidade mística) que legitimava todas as ações para manutenção dessa organização. A certeza era a existência de uma ordem social que não podia atender as necessidades individuais em detrimento do coletivo. Havia um poder de fato sobre as pessoas, exercitado sem uma racionalidade legitimadora ou elementos de justiça (BECCARIA; 1764).

Não havia a separação entre Direito e Moral. As normas de condutas sociais não possuíam livre adesão, tendo uma obrigatoriedade objetiva, ou seja, independentemente das características do ser. Bem como, a tradição e os costumes eram passados pelos antecedentes, mantendo privilégios e poder sem uma razão lógica que não fosse o caráter sanguíneo ou o poder divino.

Abramos a história, veremos que as leis que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões das minorias, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade como este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria. (BECCARIA, 1764, p. 07)

Nesta fase da história humana, o indivíduo não tinha direitos ou garantias frente à estrutura de poder formada. A evolução da forma de punir não seguiu uma linearidade com avanços até culminar na modernidade. A pré-modernidade é marcada por uma diversidade de culturas, ou seja, de formas diversas de observar e reagir aos fatos sociais. Desta forma, possui mecanismos de punição que apresentavam rigor desproporcional, até exemplos de sistemas que permitiam a composição entre os envolvidos.

2.1 A AUSÊNCIA DE CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL

Na pré-modernidade, havia microssistemas penais simplificados. As normas sociais, em sua primeira fase, eram passadas por meios não escritos, e os costumes da época eram quem determinam as regras de aplicação da pena. Com o advento

da escrita e evolução da sociedade surgiram leis escritas que constituíam expressões da religião ou do poder do soberano. O Direito se estabelecia a partir da estratificação social. Segundo Carvalho Neto (1998, p. 237) “um amalgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam.”

O Código de Hammurabi da Babilônia (1726 a 1686 a. C.) tinha expresso 282 artigos os quais muitos estabeleciam disposições consideradas penais. Entretanto, o conjunto de regras que se pode considerar um código como unidade mais antiga é o de Ur-Nammu, fundador da dinastia de Ur (2.000 anos a. C.). (GAVAZZONI, 2002). As leis penais não estabeleciam garantias individuais perante o poder do Estado ou comunidade, apenas regras procedimentais ou castigos a ser aplicados. No epílogo do seu Hamurábi diz que é o rei e possui habilidade para determinar leis através de suas palavras por ordem de Marduk. Observa-se a religião como fator determinante do poder dos soberanos.

A noção de Justiça era a retribuição do mal causado à comunidade pela prática de uma conduta contrária aos costumes, aos preceitos religiosos ou que afetavam aos clãs existentes. Inicialmente a justiça era feita pelas próprias mãos e geralmente de forma desproporcional, podendo alcançar não só o agressor, mas o seu grupo social. A justiça, em termos de *olho por olho, dente por dente*, era aplicada pela própria vítima ou seu grupo que buscava um templo consagrado aos deuses para realizar a punição. (GAVAZZONI, 2002)

O julgador apenas agia como um árbitro em uma disputa desigual. Não havia uma complexidade jurídica sobre garantias ou decisões que fomentassem uma igualdade entre as partes. Nesta fase, não havia igualdade entre classes, pois as normas produziam efeitos diversos entre os que eram considerados cidadãos, escravos e estrangeiros. Assim, a pena não era a mesma, a depender da classe que o acusado pertencia, bem como a vítima que tinha sofrido a violência. (GAVAZZONI, 2002). Os fatos eram julgados de acordo com as partes envolvidas com diferentes punições, para cada espécie de criminoso e delito.

Neste período da história humana, o Direito e a religião estavam intrínsecos, pois o poder de fato estava legitimado por uma força divina. O conhecimento das leis era exercido pelos sacerdotes que ditavam quais consequências dos atos considerados contrários à vontade de Deus. No entanto, não havia um padrão estabelecido para todas as práticas consideradas delituosas. O poder de punir era

exercido por particulares, bem como a alta casta religiosa e o pelo próprio soberano.

No ano de 1215, as deliberações do Concílio de Verona são reafirmadas pelo Concílio de Latrão, o qual estabelece a obrigatoriedade da confissão privada, o caráter supérfluo da acusação formal e a supervalorização das suspeitas e dos indícios. (CARVALHO, 2001, p. 10)

Havia por parte do corpo de sacerdotes um monopólio da escrita e, por consequência, das regras de comportamento da sociedade. Situações diversas simplificadas que eram consideradas passíveis de solução, dentro de determinado segmento social, adquiriam autonomia em relação a este domínio do conhecimento das leis. Assim, casos de maior complexidade eram litigados obrigatoriedade pelo poder instituído pela religião (NADER, 2003).

Observa-se que não havia um caminho regrado para o exercício de punir pautado na razão, mas nas características sociais de cada sociedade. As normas vigentes reforçavam o poder de fato existente. Aspectos morais, religiosos e força do soberano estavam presentes no conjunto de regras pré-moderno. O pensamento coletivo era aceitar o destino estabelecido em seu nascimento com castas bem sedimentadas. O poder de fato não necessitava de legitimação. A ciência jurídica assim como os direitos do indivíduo eram inexistentes, restando somente um corpo de conhecedores mergulhados na religião.

O costume era a principal fonte do Direito, os textos escritos eram uma forma de expressão da tradição e religiosidade da época. Apesar de poder caracterizar através de elementos similares dessa época anterior a modernidade, os conjuntos de regras eram diversificados e autônomos. As comunidades se organizavam de maneira própria e possuíam seu próprio regramento de comportamentos. (ALBERGARIA; 2012).

2.2 OS CORPOS SOCIAIS E AS CRIMINALIZAÇÕES DE COMPORTAMENTOS

O conjunto normativo basicamente era formado pelos costumes e algumas previsões escritas esparsas. A sociedade estratificada diferenciava a conduta a partir do status social. O poder paterno possibilitava o direito sobre a vida e a morte, bem como a integridade física de todos aqueles pertencentes ao clã. A religião intrínseca a estrutura de poder detém a forma de expressar quais condutas são

consideradas proibidas. O pecado e crime se tornam um só com penas severas com caráter purificador.

Finalmente, sustentavam que o fim de toda a punição futura é a purificação e não a vingança. Em conseqüência, a punição no inferno não pode ser eterna, pois mesmo o mais infame dos pecadores deve ser por fim redimido. Se assim não fosse, Deus não poderia ser um Deus de bondade e de misericórdia. (BURNS, 1974, p. 346)

Não havia, no início da pré-modernidade, a noção de dolo ou culpa, a configuração do crime era estabelecida de forma objetiva. Não obstante, a responsabilização pelo fato delituoso passava do indivíduo para a família, clã ou grupo social.

Posteriormente, ocorre a inserção da individualização da conduta, entretanto, o sistema penal, apesar da presença de pessoas que poderiam ser consideradas como juristas, as garantias individuais ainda não estavam disponíveis. Estes juristas estavam a serviço da vontade do déspota ou dos altos sacerdotes.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. (BECCARIA, 1764, p. 28)

Não havia uma noção de liberdade individual, o homem era servo de Deus e sobre este indivíduo havia um poder de fato. Apesar de existirem algumas previsões sobre furto ou homicídio, em consonância com ideais do cristianismo, o crime poderia ser qualquer ato ilícito cometido, a depender da posição do agente na sociedade. Não obstante, a valoração desta conduta era desproporcional, fatos considerados crimes graves, muitas vezes, eram apenas condutas contrárias ao interesse da igreja ou da aristocracia.

O desenvolvimento da igreja na época feudal coincidiu com o aparecimento de ambiciosos chefes políticos. Tomou-se praticamente inevitável um conflito entre as autoridades secular e espiritual, pois que muitas vezes se sobrepunham as jurisdições reivindicadas por cada uma delas. (BURNS, 1974, p. 442)

A lógica para a criminalização de condutas era o mero exercício do poder. Um crime era uma prática contra a própria vontade de Deus. Quando era conveniente aplicava-se a sanção pela própria igreja, mas quando o espaço de poder era de interesse do imperador, a pena não podia ser aplicada por ela. O exemplo mais

conhecido é a passagem de Pilatos lavando as mãos, ou seja, renunciando o poder do império romano ao processo de responsabilização penal de Jesus Cristo.

A pré-modernidade é marcada pela ausência do indivíduo frente ao poder de fato e a presença marcante da ideia do corpo, como unidade social. Uma sociedade extremamente hierarquizada em que cada grupo possuía suas próprias regras.

Cada corpo social, como cada órgão corporal, tem a sua própria função, de modo que a cada corpo deve ser conferida a autonomia necessária para que possa desempenhar essa função. A essa ideia de autonomia funcional dos corpos anda ligada a ideia de auto-regulamentação. (FURMANN e SILVA, 2006, p. 02)

O estabelecimento de uma conduta, como crime, não possuía uma lógica racional, apenas o que era de interesse do grupo social existente. Uma conduta poderia ser contrária ao poder exercido pelo chefe da tribo ou, posteriormente, ao clã. Determinadas ações poderiam ser exigidas em alguns feudos, bem como outras pela própria família, construindo pequenos estatutos sociais específicos de acordo com a carga moral familiar. Sacerdotes poderiam criminalizar condutas de acordo com dogmas promovidos pela igreja. Cada corpo social possuía seus próprios tipos penais configurando regras internas de comportamentos e estabelecendo suas próprias sanções (FURMANN; SILVA, 2006).

2.3 AS MULTIFACETAS DA VINGANÇA

Na pré-modernidade, a resposta para a prática considerada delituosa é a vingança, este instituto de reação ao crime é encontrado como característica fundamental do período. O ato de se vingar era estabelecido pela força da vítima ou do grupamento a que pertencia não observando critérios como culpabilidade ou proporcionalidade.

A pena de morte também existia entre os indígenas, como não podia deixar de ser, e era geralmente executada com o uso do tacaieiro. A execução da pena capital, todavia, às vezes era feita com crueldade, pois sepultavam-se pessoas vivas, especialmente crianças, e outras vezes recorria-se a venenos, ao enforcamento e ao afogamento. A prisão, como pena, era desconhecida, existindo somente como estágio de recolhimento daquele que recebera a pena capital, principalmente os inimigos da tribo capturados em operações de guerra. Aplicavam-se, também, castigos com açoites aos membros

do grupo, pela prática de faltas menos graves (PIMENTEL, 1983, p. 128)

Posteriormente, a vingança, com o sistema de punir do talião, adquiriu o instituto da proporcionalidade fática e, até mesmo, a compensação. Ocorre um controle da sociedade deste direito de punir comumente denominada “vingança social”. A próxima fase é a vingança divina em que o castigo passa a satisfazer os deuses e não o particular e, por último, a vingança pública o Estado passa a executar a punição a partir dos os interesses do soberano.

Não obstante, na pré-modernidade, a sanção imposta, apesar de passar a ter uma proporcionalidade material o ato não deixa de ter conotação de vingança, não havendo qualquer preocupação com a instrumentalidade nem com a funcionalidade da dor causada ao agente em virtude da afronta ao poder existente. “Prevaleciam reações espontâneas (impulsos de retaliação) que implicavam quase sempre no emprego de força e em uma exarcebada violência” (CÂMARA, 2008, p. 23). A pena era estabelecida pelo próprio ofendido que usava um poder de fato para realizar a aplicação.

Apesar de se apresentar como fases da vingança, dando a ideia de evolução gradual da pena, elas eram exercidas a depender do âmbito do poder do executor. Microssistemas punitivos eram criados, a partir do corpo social a qual o indivíduo pertencia. “A ideia de um progresso da humanidade na história é inseparável da ideia de sua marcha no interior de um tempo vazio e homogêneo. A crítica da ideia do progresso tem como pressuposto a crítica da ideia dessa marcha” (BENJAMIN, 1987, p. 229). Assim, as fases da vingança a serem apresentadas logo a seguir terão pontos de convergência, no mesmo período histórico, embora sejam mais marcantes em momentos diversos.

No início da humanidade, assim como do próprio Direito Penal, a vingança era a justificativa da punição. “De modo que nos primórdios civilizacionais eram os próprios particulares que reagiam às ofensas que lhe eram produzidas” (CÂMARA, 2008, p. 22). Caracterizava-se pelo instituto mais natural de retribuir o mal causado sem nenhum critério funcional ou legitimador da punição na fase da vingança privada.

Formadas basicamente pela tradição, as regras que estabeleciam a pena não previam um limite para a retribuição que, quase sempre, era desproporcional, além de atingirem outros membros pertencentes da tribo ou do clã. O sistema de regras

era primitivo havendo o exercício do poder de fato na punição. A natureza da punição era a vingança. Conforme assevera Guilherme Costa Câmara (2008, p. 24)

A vingança ilimitada, vingança de sangue por excelência representava, não raro o mais puro arbítrio da vítima e de seu clã na dosimetria da retribuição a que abstratamente faria jus o agressor, repercutindo, não raro para além do responsável direto do fato.

Essa punição tinha um caráter corpóreo socialmente. A ofensa não atingia somente o indivíduo, mas todo o conjunto social a que pertencia. Desta forma, a resposta era dada por esse coletivo que retribuía com um caráter de demonstração de força, pois o temor também era uma forma de sobrevivência.

Apesar de uma aparente instrumentalidade da pena, pois a expressão de poder poderia evitar novas ofensas, a natureza da sanção era instintiva. Por outro lado, a desproporcionalidade na resposta ao crime, gerava um sentimento de injustiça e como efeito rebote, novas intenções de vingança por parte do grupo social penalizado.

A vítima tinha papel relevante no processo de equilíbrio social, determinando o deslinde do conflito e a aplicação da sanção. No entanto, o costume, anterior ao monopólio de estatal da violência na era moderna, na maioria dos casos, atingia a vida do ofensor, transcendendo para a família ou o clã, impedia a harmonia e paz social. Este prática gerava um constante clima de conflito que dificultava o desenvolvimento social.

A necessidade de limitação do poder de punir e a possibilidade de composição de interesses possibilitou o surgimento de regras que impunha uma proporcionalidade mesmo que primitiva na pena.

A sociedade começa a se tornar mais organizada com centralização das instituições de controle social e a forma de punir indiscriminada se torna uma barreira para sua evolução. A limitação da punição privada marca um período pela possibilidade de composição com espaços de âmbito particular. A comercialização de excedentes torna comum a reparação como forma de solução de conflitos para delitos de menor potencial ofensivo.

A partir do momento em que a ampliação dos meios de subsistência tornou possível a realização de uma composição pacífica entre vítima e ofensor, paulatinamente, deu-se uma passagem do modelo de vingança privada ilimitada, para um modelo baseado na

proporcionalidade da vingança em relação à ofensa produzida (CÂMARA, 2008, p. 27).

A Lei de Talião, denominação dada às normas que estabeleciam uma limitação ao poder de vingança, através da máxima conhecida (olho por olho, dente por dente). “O termo talião é originado do latim *Lex talionis*. Ou seja, *lex* é igual a lei e *talis* é igual a tal”(ALBERGARIA, 2012, p. 29). Este sistema punitivo, presente ainda no período primitivo, possibilitou um mecanismo de consenso na resolução de conflitos. A vingança ilimitada continuou existindo, no entanto, a quantificação da pena foi um avanço para época, tornando um campo fértil para a composição de conflitos.

A vítima e sua família detinha o protagonismo na consequência do delito. A evolução normativa se configurou, a partir do limite da punição, com a possibilidade da vítima aceitar a reparação do delito principalmente para crimes de menos potencial ofensivo. Conforme Guilherme Costa Câmara (2008, p. 29)

Compete gizar que “não mais que o olho por olho, dente por dente e vida por vida”, longe de consistir retrocesso e barbárie como poderia transparecer em face de qualquer açodada transladação imediata de nossos valores atuais, isto é, de uma mera colagem de arcabouço axiológico hoje em voga àquela realidade, significou – sem nos despirmos do vero tempo histórico em projeção – em um significativo avanço.

Observa-se que o Direito Penal teve um período consensual antes da era moderna, a partir da limitação do poder punitivo da vítima. A proporcionalidade fática exigida pelo sistema de talião permitiu quantificar a punição, oportunizando um acordo entre vítima e ofensor. A consensualidade era possível, pois a vítima detinha a hegemonia na solução de conflitos, pois o controle não era exercido por autoridades que buscavam expressar o seu poder, apenas tinha a função de limitar o excesso punitivo.

O período romano surge como uma centelha incipiente de organização de um sistema jurídico na pré-modernidade que foi destituída após as invasões bárbara. Apesar de uma mitologia ainda presente, o exercício da jurisdição, embora primitiva e com uma carga moral, afastava-se da religião. Delimitou o que eram assuntos de ordem pública e questões de natureza particular. Por outro lado, o direito romano detinha além da espécie de infração penal de ordem pública, aqueles de interesse do indivíduo. Para estes, a persecução criminal ficava a cargo do particular que tinha

apenas o Estado como regulamentador do seu direito. “Era de livre vontade do ofendido a vingança, embora, atenuando este fato houvesse outro: não tinham, os romanos, a nítida distinção entre punição e ressarcimento” (CASTRO, 2003, p. 110). A vingança privada ainda estava presente e legitimada pelo próprio Estado.

A face da vingança divina ou religiosa tem uma intrínseca relação entre a sanção penal e o exercício do poder da religião. Nesta perspectiva histórica, observa-se que o crime é um pecado contra a vontade Deus e a pena tem como função aplacar a ira divina com a purificação do indivíduo. A igreja exercia a sua autoridade através de uma função eminentemente judicial, ou seja, o seu poder era expresso pela possibilidade de julgar e punir (BURNS, 1974). Os representantes dos Deuses estabeleciam quais as penas seriam aplicadas com uma ritualidade procedimental litúrgica. As penas, por sua vez eram desproporcionais à ofensa e marcadas pela crueldade. A publicidade do ritual demonstra o exercício do poder de fato da igreja e a intimidação que se buscava com a sanção.

A partir da invasão dos bárbaros na Europa ocidental, houve um declínio da organização social na denominada Idade Média. O regime feudal, caracterizado pela descentralização do poder em feudos, consubstanciou em um indivíduo marcado por leis que tinham origem nos senhores feudais. “Nem a Igreja foi poupada pela situação de anarquia que existiu na primeira idade do feudalismo. Houve uma enorme decadência nos costumes e, até, nos princípios religiosos” (GAVAZZONI, 2002, p. 104).

A vingança pública foi mais marcante na Idade Média com o exercício do poder dos senhores feudais. Os servos, apesar de não serem escravos, ficavam submetidos a sanções penais aplicadas pelos nobres. Os barões exerciam o papel de autoridade pública, realizando a persecução penal que culminava em um castigo carregado de desproporcionalidade e intimidação.

O rei ou o juiz designado tomava sua decisão conforme a lei, mas obedecendo às ordens das castas em que se dividia o povo, porque um membro de uma casta inferior não podia depor contra outro que pertencesse a uma classe superior à sua. (GAVAZZONI, 2002, p. 44).

O fortalecimento do rei começava a caracterizar a sua forma de governar e os conflitos principalmente os penais, que passam cada vez mais para o interesse do governante. Além do critério sanguíneo, a proteção da comunidade legitimava o

poder do soberano. Os conflitos existentes nos corpos sociais passam do âmbito privado e religioso para o poder do monarca.

E, face a crescente ameaça à paz (social), a manutenção de uma política criminal (repressiva) caracterizada por uma intervenção estatal meramente subsidiária revelou-se insatisfatória. Com a expansão das comunidades, do comércio e do crime, tornou-se disfuncional conceder primazia a um sistema repressivo que colocava tanto a iniciativa como o desenvolvimento da persecução em mãos privadas: a intervenção estatal organizada mediante autoridades especializadas, revelou-se necessária e impostergável. (CÂMARA, 2008, p. 37)

Ocorre a transformação da ofensa contra a vítima para a desobediência a lei da autoridade pública, seja ela humana ou divina. A sociedade, caracterizada por um direito marcado por regras baseadas nas tradições, passa a ter uma produção de leis formais escritas que servem às estruturas de poder existentes. A sanção penal era considerada como vingança praticada não mais pelo particular, mas pelo próprio Estado, pois era marcada por um processo de persecução que buscava a condenação e a crueldade na resposta à ofensa.

2.4 O PERÍODO PRÉ-PARADIGMÁTICO DA CIÊNCIA PENAL

No que tange ao conhecimento científico, constata-se que este período pode ser identificado como pré-paradigmático. Este período histórico da ciência se revela através de uma ausência de parâmetros para mensurar a produção de conhecimento (KUHN, 2013). A ciência atua através de duas vertentes, a observação e a explicação. Na observação, há a construção de um método válido para alcançar informações que possam gerar uma visão clara sobre o objeto de pesquisa. Na explicação, há critérios de interpretação dos dados e transmissão de conhecimento alcançado.

Necessária se faz a configuração do que seria válido ou relevante através de um consenso entre os atores do conhecimento. No entanto, esta fase possui como característica exatamente um conjunto de teorias, modelos e propostas de desenvolvimento científico, o que dificulta selecionar o que seria relevante para a atividade científica.

Na ausência de um paradigma ou de algum candidato a paradigma,

todos os fatos que possivelmente pertencem ao desenvolvimento de determinada ciência têm a probabilidade de parecerem igualmente relevantes. Como consequência disso, as primeiras coletas de fatos se aproximam de uma atividade ao acaso do que daquelas que o desenvolvimento subsequente da ciência torna familiar. (KUHN, 2013, 76)

Há um emaranhado de pensamentos e noções sobre o mundo sem uma sistematização coerente que possa configurar uma evolução. Thomas Kuhn (2013) se afasta da ideia do cientista isolado descobridor de fatos sem uma apreciação da comunidade científica para que possa realmente gerar uma transformação de cunho social.

Toda teoria deve ser analisada através de critérios comuns entre os atores científicos, ou seja, aqueles que produzem o conhecimento da época. Nesta fase, há uma ausência de formato de como produzir conhecimento e como este deve ser utilizado em prol da sociedade. O confronto se torna constante de teorias e propostas metodológicas, no âmbito da comunidade científica. Isto ocorre exatamente pela falta de um paradigma que permita a padronização e, por consequência, a mensuração do que é relevante ou não para a ciência.

Diversos fatos acontecem em períodos históricos e na ciência não é diferente. No entanto, o período pré-paradigmático não consegue distinguir o que é um mero acaso, um evento isolado ou uma contribuição científica sem um parâmetro comunitário de qualificação. “Nenhuma história natural pode ser interpretada na ausência de pelo menos algum corpo implícito de crenças metodológicas e teóricas interligadas que permita seleção, avaliação e críticas” (KUHN, 2013, p. 79). Desta forma, este período apresenta divergências sobre a forma de produzir conhecimento ou, até mesmo, uma ausência sobre a preocupação em sistematizar.

O período pré-paradigmático, ao contrário dos períodos de ciência normal (no qual a atividade científica é determinada com clareza e até certa rigidez), é um período prévio em qualquer disciplina, pertencendo à pré-história da disciplina e caracterizando-se pela busca mais ou menos desordenada para delimitar problemas e resolvê-los. (DUTRA, 2017, p. 71)

As atividades humanas são realizadas e ciência continua como um emaranhado de informações e teorias que geram diversas visões de mundo ou formas de aplicar o conhecimento seja ele considerado científico ou não. Isso ocorre até a formação de forma natural de um pensamento coletivo e constituição da força

do paradigma (KUHN, 2013).

A história do Direito Penal demonstra que o período pré-moderno possuiu fases que não possuem uma delimitação definida. As fases do direito de punir tiveram períodos próximos ou similares até o momento da sedimentação de um paradigma punitivo na Idade Média (CÂMARA, 2008).

Essa ausência de um sistema jurídico penal universal (conforme sistema atual) demonstra que no período pré-moderno, ainda não havia sido estabelecido um paradigma científico. Os modelos existentes, inerentes ao direito de punir, diferenciavam formas entre as espécies de delitos, o corpo social a qual pertence o indivíduo, seja ofensor ou ofendido, a consequência a ser aplicada, bem como a competência para determinação a solução do conflito.

D'outra raia, de constatar-se que vingança privada ilimitada e vingança pública restrita coexistiram durante dilatado lapso temporal; assim como, de igual modo, época houve em que justiça pública e justiça privada atuavam em um mesmo espaço territorial. Curial reconhecer que se não pode mesmo desenhar um quadro absolutamente estanque e compartimentado de acontecimentos, uma vez que uma fase penetra uma na outra, para em seguida dominá-la e, então, fazer girar um novo movimento, uma nova tendência. (CÂMARA, 2008, p. 37)

Na mesma época, havia uma fase anterior à formação de uma forma de pensar coletiva sobre a punição. Os elementos que compõe o Direito Penal possuíam uma diversidade de natureza e consequências diferentes.

A sociedade pré-moderna era dividida em corpos sociais que possuíam regras próprias e punições baseadas no instinto de preservação da vítima, ou o exercício de poder do Soberano, bem como da Igreja. Não havia um conjunto de normas formais que respeitasse a individualidade do ser humano. O grupo social era a unidade presente e a obediência aos costumes era a sobrevivência desse grupo.

O período histórico da pré-modernidade constitui-se em um longo período de tempo da história humana. Houve diversas formas de estabelecer crimes e sua punição. Diferença entre os indivíduos com castas rígidas e privilégios.

A síntese desses três elementos – cidades, escrita, comércio – representa a derrocada de uma sociedade fechada, organizada em tribos ou clãs, com pouca diferenciação de papéis sociais e fortemente influenciada, no plano das mentalidades, por aspectos místicos ou religiosos. Há nessas sociedades arcaicas, um direito

ainda incipiente, bastante concreto, cognoscível apenas pelo costume e que se confunde com a própria religião. (PINTO, 2003, p. 36-37)

A sociedade medieval demonstra, de forma mais evidente, a ausência de um paradigma punitivo, pois havia um exercício do poder de fato seja pela líder do família, pela igreja e pelo senhor feudal. Crimes eram instituídos pela conveniência do espaço de poder e a sanção caracterizada pela desproporcionalidade e demonstração de força.

O poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor sua vontade aos nobres o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais. (MARTINS, 2003, p. 196)

Na Idade Média, a punição era a expressão da força do caso concreto. Ocorreu a decorrada da evolução do direito com retorno de institutos do direito romano, germânico e canônico. As vinganças privadas, divina e pública estavam presentes, nessa época, relativas ao espaço de poder exercido no corpo social a que o indivíduo estava presente. (CÂMARA, 2008).

Esta fase é anterior a formação da ciência jurídica penal. O conhecimento era detido pela Igreja que tinha uma relação intrínseca com os mecanismos de controle social. (No entanto, cada feudo tinha uma forma própria de observar essa realidade social e suas formas de harmonizar conflitos (FURMANN;SILVA, 2017)

Este período anterior constitui a fase pré-paradigmática com a ausência de uma unidade, na forma de construir um sistema punitivo das condutas proibidas praticadas dentro da sociedade. “Desde a Antiguidade, um campo de estudos após o outro tem cruzado a divisa entre o que o historiador poderia chamar de sua pré-história como ciência e sua história propriamente dita” (KUHN, 2013, p. 84).

O Direito Penal pré-moderno é diversificado com inúmeras faces. Não havia uma hegemonia sobre a natureza das condutas, inclusive, com tratamento diferenciado a depender da casta a qual o indivíduo pertencia. As punições mais marcantes eram a morte ou o banimento, entretanto, havia espaços para exercício de um protagonismo do ofendido, da Igreja, bem como do governante.

3 A CERTEZA RACIONAL DA MODERNIDADE E A CIÊNCIA PENAL

A modernidade é marcada pela verdade científica, ou seja, um conhecimento baseado não mais no misticismo ou fé. A autonomia da razão produz uma nova forma de observar o mundo, estabelecendo a validade do pensamento através de uma conclusão lógica com métodos aceitos.

Esse conhecimento está baseado na ideia de que: o universo é estável e harmônico; o mundo é mecânico, quantificável e objetivo; há uma regularidade e previsibilidade na natureza; a realidade é simples, ordenada, uniforme e linear; as regras são claras e distintas; as explicações são gerais e, portanto, unificadoras; a ciência é neutra; o método confiável é o experimental; a observação dos fatos deve ser objetiva; o conhecimento do objeto se dá pela separação entre o objeto e o sujeito que conhece. (AGUIAR PEREIRA, 2015, p.01)

A racionalidade para explicar todos os fenômenos é a característica principal da ciência presente nesta época de evolução humana. A razão promete resposta para todos os problemas sociais e com isto ocorre a separação entre a ciência e religião. Os valores morais e religiosos como parâmetros, exclusivos para formação de normas, foram superados pela defesa de interesses sociais distintos da religiosidade.

Assim, não nos surpreende a ideia de que há Razão na natureza, de que a natureza é governada por leis universais e imutáveis — estamos habituados a isso e não lhe damos muita importância. Esta circunstância histórica também nos ensina uma lição de história: as coisas que parecem comuns para nós nem sempre estiveram no mundo; um pensamento novo como esse marca uma época no desenvolvimento do espírito humano. (HEGEL, 2001, p. 54)

O contrato social de Rousseau torna-se referencial para a construção das Constituições modernas. O Estado não exerce o poder de forma indiscriminada. Ocorre o caminho do poder de fato para o exercício do poder jurídico. O homem passa a ter garantidos direitos individuais perante o poder estatal e garantias fundamentais são colocadas a disposição contra esse poder. (GAVAZZONI, 2002). A modernidade também é marcada pela transição da ideia de soberania superada pela democracia e a limitação da liberdade individual é legitimada pela satisfação de ordem social.

O povo escolhe representantes para estabelecer as regras de comportamento através da certeza jurídica moderna que é a lei. Os ideais de beleza, pureza e ordem

são estabelecidos como parâmetros de civilidade. A ideia de organização social de forma compulsiva é estabelecida e recebe importância para legitimar o cerceamento da liberdade individual. A possibilidade de outros comportamentos é excluída do convívio social através de sanções penais.

Ocorre o reconhecimento do Direito como ciência jurídica, com objeto, método e características próprias. O Direito se torna a ciência do conflito e possui a função de harmonizar o comportamento humano.

A formação de um paradigma punitivo com a lógica crime-pena é estabelecido e influencia toda a construção científica jurídica penal. Os pensamentos contrários a este paradigma não são vistos como de âmbito do Direito Penal. O crime possui a natureza de comportamento, não mais contrário a uma autoridade, mas à própria lei. A pena passa a ser monopólio do Estado que a aplica através de fundamentos da retribuição, prevenção e ressocialização.

3.1 A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CIENTÍFICO

O primeiro passo para entender como a ciência caminha foi discutir o que seria o conhecimento científico. Reflexões tomavam conta dos filósofos sobre o que poderia ser considerado um pensamento que pode ser considerado como verdade ou não.

E assim pensei que as ciências dos livros, pelo menos aquelas cujas razões são apenas prováveis, e que não têm nenhuma demonstração, sendo compostas e aumentadas pouco a pouco pelas opiniões de muitas pessoas diferentes, não se aproximam tanto da verdade quanto os simples raciocínios que um homem de bom senso pode fazer naturalmente sobre as coisas que se lhe apresentam. (DESCARTES, 2001, p. 17)

Infere-se que Descartes, considerado pai da filosofia moderna, buscou unir a razão e a experimentação, através de um método científico que estabelecesse uma verdade considerada inegável. A objetividade é alcançada através do afastamento do sujeito da pesquisa e do objeto. A verdade é legitimada, a partir do processo metodológico que possa estabelecer uma lei universal sobre o que está sendo estudado.

A irrefutabilidade da verdade a ser alcançada trouxe, como consequência, um

caráter peculiar ao que era considerado como progresso científico. Observa-se, através das ideias dos principais filósofos (Bacon, Descartes e Kant), que a concepção epistemológica de evolução constituía no depósito de forma estática de descobertas científicas (DUTRA, 2017). Neste período de formação do pensamento científico moderno, o progresso da ciência tinha como concepção, o acúmulo de informações verificadas, ou seja, quanto mais verdades obtidas, mais o conhecimento científico progredia.

O rompimento desta concepção tradicional de progresso cumulativo é alcançado com o dinamismo de Popper. Apesar de o pensador manter os problemas antigos junto com os novos, defendia a busca de novas teorias com a refutação das anteriores. O conhecimento não é totalmente absoluto, há um direcionamento na observação, ou seja, uma finalidade. A escolha da teoria é estabelecida, a partir de problemas considerados relevantes e a construção lógica. No entanto, teorias contrárias serão confrontadas para resolver problemas antigos e produzir novos.

O conceito de verdade é indispensável para a abordagem crítica aqui desenvolvida. O que criticamos é, precisamente, a pretensão de que uma teoria é verdadeira. O que tentamos demonstrar como crítica de uma teoria é, claramente, que essa pretensão é infundada, que ela é falsa. (POPPER, 1978, p. 27)

A ciência busca a universalidade do fenômeno com a interpretação dos dados encontrados. A impossibilidade de verificar todos os casos demanda a formulação de teorias que possam explicar a realidade, mas com o entendimento de que essa aproximação da verdade possa ser confrontada.

Emergindo através de um horizonte que envolve a determinação de um objeto específico de investigação e a criação de um método que permite o controle do conhecimento em questão, a ciência moderna traz como fundamento a rigorosidade na aplicação deste último, convergindo para as fronteiras que inter-relacionam sistematicidade, precisão e objetividade que possibilitam a descoberta das relações universais e necessárias entre os fenômenos (ROSA, 2011, p. 17-18)

Apesar de ser impossível afastar todos os conceitos preconcebidos do sujeito da pesquisa, o critério de demarcação para considerar o que é científico é estabelecer um método que permita observar o fenômeno com a possibilidade de falseabilidade. Ao explicar o método proposto por Popper, Dutra assevera o seguinte:

O falseamento nos dá, portanto, oportunidade de formular outras hipóteses – novas teorias. É evidente que desejamos que essas novas hipóteses resistam aos mesmos testes pelos quais a nova foi refutada passou e ao quais não resistiu. (2017, p. 65).

O confronto das teorias é o método que promove o progresso da ciência. O cientista evoluía o conhecimento científico, a partir do momento que testava suas teorias com novos pensamentos, embora mantivesse os questionamentos antigos ou criasse outros. “O que pode ser descrito como objetividade científica é baseado unicamente sobre uma tradição crítica que, a despeito da resistência, freqüentemente torna possível criticar um dogma dominante.” (POPPER, 1978, p. 27). Infere-se que a evolução está em observar o conhecimento adquirido com a perspectiva de ser falível, e a partir de confrontações, novas melhorias surgem na própria teoria ou, até mesmo, a substituição por uma mais adequada para explicar a realidade.

Diferentemente, Thomas Kuhn propõe um mecanismo menos simplificado para entender a evolução da ciência. O filósofo critica a ideia de progresso, por falseamento, defendendo que se trata, apenas, de uma fase da estrutura revolução científica (EPSTEIN, 1990, 108). Thomas Kuhn defende que o progresso da ciência tem natureza social e ocorre através de revoluções científicas que estabelecem paradigmas adotados pela coletividade.

Segundo Kuhn, os cientistas não procuram o falseamento, a anomalia, nem abandonam o paradigma se ela ocorre. E finalmente só aderem ao novo paradigma se o problema não se mostra como capaz de ser resolvido com os recursos do antigo (DUTRA, 2017, p. 78).

O progresso científico ocorre através de duas vertentes. A continuidade e a descontinuidade na construção do paradigma. A continuidade se estabelece mediante sedimentação de um modelo de fazer ciência, ou seja, após o estabelecimento de um paradigma. A ciência alcança a normalidade e produz conhecimento de forma cumulativa sem se afastar dos contornos da concepção modelar. (KUHN, 2013). Por outro lado, a descontinuidade se apresenta pela quebra deste paradigma transformando a forma que a comunidade científica observa a própria realidade.

Para entender as revoluções da ciência jurídica penal, o aprofundamento dos elementos que constituem a construção do paradigma se faz necessário. Esta

produção acadêmica toma como base a evolução científica a partir das ideias produzidas pelo filósofo Thomas Kuhn (2013). O pensamento jurídico penal perpassa pela construção da natureza científica das ciências humanas para culminar nos elementos que compõe o Direito Penal e sua evolução. Este caminho se demonstra necessário pelo questionamento que muito se fez sobre esta natureza.

3.2 A CIENTIFICIDADE DAS CIÊNCIAS HUMANAS

O ser humano tem como característica inerente a própria humanidade as relações sociais. Estas interações são o objeto de pesquisa das ciências humanas. Em virtude de ser uma atividade científica, as ciências do espírito, ou seja, aquelas que tratam das interações humanas possuem pressupostos, teorias, métodos, problemáticas e soluções. “Um, assim chamado, assunto científico é, meramente, um conglomerado de problemas e soluções tentadas, demarcado de uma forma artificial. O que realmente existe são problemas e soluções e tradições científicas”. (POPPER, 1978, p. 19). Discute-se se esta área de conhecimento humano também segue o progresso através de revoluções científicas.

A atividade científica busca uma ordem natural, ou seja, uma universalidade, para explicar o seu objeto de pesquisa. Através de métodos considerados válidos e fundamentais com a racionalidade objetiva, as ciências sociais abordam dados constantes da sociedade na procura de uma determinação ou uma espécie igualmente às ciências naturais de uma lei universal.

Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. (SANTOS, 1988, p. 48)

No entanto, as ciências humanas se deparam com uma realidade construída, uma dinâmica social que possui uma diversidade de fatores, históricos, culturais, geográficos com indivíduos únicos em um espaço comum. Os conceitos que determinam as observações científicas clássicas conflitam com a impossibilidade de reprodução do fenômeno social. Além deste, outros fatores submetem as ciências humanas à questionamentos sobre sua cientificidade e, por consequência à aplicação da teoria da progressão científica através de paradigmas.

O campo científico, apesar de sua natureza metódica, é atravessado por conflitos e contradições. Historicamente, não foram poucas as tentativas de uniformização de procedimentos para a produção do conhecimento das ciências sociais. São, portanto, inúmeros questionamentos em torno da cientificidade e muito já se falou sobre 'crise de paradigmas' no âmbito das ciências sociais. O fato é que as ciências sociais sempre estiveram às voltas com acirradas polêmicas em torno de seus modelos teóricos. Daí controvérsias paradigmáticas algo inerente à própria natureza dessa área de conhecimento. (OSTERNE, BRASIL, ALMEIDA, 2013, p. 01)

As indagações sobre a natureza científica ciências humanas decorrem da própria formação da sua cientificidade. A pretensa legitimidade de patamar de atividade científica das ciências sociais ocorreu no momento histórico de supremacia das ciências naturais. "O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constitui-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais" (SANTOS, 1988, p.48).

As ciências do espírito buscavam estabelecer os mesmos critérios das ciências da vida. No entanto, o objeto e a universalidade de fatores impediam a aplicação direta, sem a adequação crítica do método empregado. Para contemplar as interações sociais era necessário um mecanismo que abarcasse os valores existentes dentro da sociedade.

A observacionalização, instrumentalizando a investigação qualitativa no domínio das ciências humanas e sociais, reclama um movimento que, escapando à absolutização das regularidades porventura existentes, atribua peso à variabilidade que caracteriza a comportamentalidade e os estados da subjetividade, praticando uma abordagem cujo questionamento não se esgote na inflexibilidade esboçada pela imediaticidade de uma especificidade, mas seja capaz de distanciar-se da uniformização das leis, das regras, das normas que caracterizam o movimento descritivo, possibilitando, enquanto acompanha o evento, a participação investigante do investigador na significação do investigado, tanto quanto o diálogo da inconstância, sem incorrer na normatização paralisante, na normalização imobilista, em suma, levando em conta a provisorialidade dos aspectos que desde a processualística simulam conclusividade, em face da complexidade da própria natureza do objeto envolvido, a saber, o homem. (ROSA, 2007, p. 21)

O fenômeno estudado pelas ciências humanas possui características diversas das outras áreas de conhecimento humano. A relação do homem consigo e com a própria natureza desafia a objetividade imposta pela positividade da ciência natural.

A construção de conhecimento sobre as relações humanas contemplava desde a racionalidade do homem em seu agir até o lúdico. A lei universal era constantemente questionada pela ausência de objetividade absoluta no comportamento humano. As denominadas ciências culturais são aquelas que têm, por objeto central, a conduta humana, que embora tenham áreas específicas de estudo e metodologia, apresentam uma perspectiva sobre o homem e os fatos relacionados a sua forma de viver.

A relação constante entre agente de pesquisa e objeto, a dificuldade de experimentação e repetição dos fenômenos bem como o caráter valorativo, presente na construção das relações sociais, impõe-se às ciências humanas repensar o seu aspecto metodológico absolutamente objetivo. A flexibilização da objetividade, através da possibilidade de inserção do valor como elemento presente na produção do conhecimento não inviabiliza o reconhecimento como ciência.

Não se trataria, na verdade, de abrir mão da possibilidade de cientificidade, mas de abdicar do padrão positivista de ciência para construir um modelo próprio, adequado ao seu domínio de investigação e epistemologicamente viável (RODRIGO, 2007, p. 76).

Desta forma, as ciências humanas e por consequência o Direito, que possui a qualidade de ciências social aplicada, também possui seus pressupostos, métodos, fundamentos e soluções, sendo uma atividade científica.

3.3 A CONSTRUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Para discutir a ciência jurídico penal, é necessária a abordagem da sua construção. A demanda pelo tema se impõe pela própria característica da unicidade do Direito que, apesar de ter um sistema dividido em diversas áreas de atuação, continua sendo único.

A ciência jurídica pode ser classificada como uma das diversas do espírito, isto é, uma atividade humana que tem como elemento fundamental a compreensão. Esta peculiaridade assenta na característica valorativa do Direito que constrói a interpretação dos fenômenos considerados jurídicos.

Entre as ciências humanas ou sociais, a ciência jurídica é ciência normativa e aplicada. Comunga com as demais ciências sociais a

natureza de um saber voltado para as preocupações não naturalísticas, mas valorativas (BITTAR, 2016, p. 48)

Diferente das ciências naturais, o Direito tem elementos que são formados no seio da sociedade, através de contextos históricos, culturais sociais. A busca pela universalidade que é afeita a toda atividade científica, neste caso, trabalha com aquilo que é construído, que segundo Miguel Reale “é o termo que empregamos para indicar aquilo que acrescentamos à natureza, através do conhecimento de suas leis visando atingir determinado fim” (REALE, 2002, p. 24)

A natureza de ciência social aplicada ao Direito se estabelece pelo objeto de pesquisa, que é o fenômeno jurídico que é retirado do universo das interações humanas. O homem se relaciona para atingir a plenitude de sua capacidade. Assim, há uma infinidade de relações que surge dentro da sociedade. Estas interações possuem duas formas de se realizarem, através da cooperação ou da competição. A primeira através do concurso de vontades para o alcance de um objetivo em comum e a segunda mediante eliminação do êxito do concorrente.

A sociedade, como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens uns em face dos outros. Estes pertencem a uma sociedade na medida em que a sua conduta e regulada por uma tal ordem, é prescrita, é autorizada ou é positivamente permitida por essa ordem. (KELSEN, 1998, p. 61).

As duas formas de relações sociais podem ser realizadas com harmonia ou gerar um conflito que é o impasse apresentado como uma ausência de composição natural entre os indivíduos que permita a solução da divergência de interesses. Desta forma, o Direito que possui a função de harmonizar interesses, dentro da sociedade terá como objeto, as relações, sejam elas cooperativas ou competitivas, que possuam um potencial conflituoso, ou seja, que possam se tornar impasses.

A racionalidade é a exigência de um sistema de hipóteses, conceitos, definições que possam traduzir o início de percepção do cientista, afastando a crença e o misticismo. O método é um elemento importante na concepção científica caracterizado pela adoção de procedimentos técnicos para aquisição do saber. A ciência é sistemática, as informações são ordenadas logicamente formando um sistema que é denominado teoria.

Ao contrário do que costuma acontecer no senso comum, a linguagem do conhecimento científico utiliza enunciados e conceitos com significados bem específicos e determinados. A significação dos

conceitos é definida à luz das teorias que servem de marcos teóricos da investigação, proporcionando-lhes, desta forma, um sentido unívoco, consensual e universal. A definição dos conceitos, elaborada à luz das teorias, transforma-os em construtos, isto é, em conceitos que têm uma significação unívoca convencionalmente construída e dessa forma universalmente aceita pela comunidade científica (TRUJILLO FERRARI, 1974, p. 30).

O império das ciências naturais determinava um filtro positivista na apreciação da cientificidade das ciências humanas. O Direito como ciência social aplicada possuía anteriormente a elaboração do marco jurídico da “Teoria Pura do Direito” uma influência significativa do caráter valorativo do jus naturalismo e a presença de outros ramos científicos na apreciação de seu objeto. “A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista” (SANTOS, 1988, p. 52).

O caráter paradigmático da concepção positivista impunha critérios de legitimidade para que o Direito fosse reconhecido como ciência. Hans Kelsen (1998) buscando atender elementos de neutralidade e objetividade das ciências propõe um corte epistemológico capaz de afastar juízos valorativos para atingir status de autonomia da ciência jurídica.

O autor da “Teoria Pura do Direito” consegue o seu intento mediante a separação do Direito a outros ramos de conhecimento humano. Afasta qualquer influência sociológica, liberando a ciência jurídica da análise de aspecto fático relacionado ao direito, direcionando à outras ciências sociais causais (DINIZ, 2003). Questões sobre justiça ou injustiça das normas, fatos sociais, moral são tratados em ramos diversos ao jurídico. O método se torna normológico, bem como o seu objeto.

Para alcançar o status científico, a teoria pura delimita o seu objeto. O Direito é coerção e seu objeto é a norma. O estudo científico se limita ao conjunto normativo, seu critério de validade e as condutas ali previstas. Fabio Ulhoa Coelho, buscando explicar o entendimento Kelseniano, explica que os operadores do direito constroem normas mediante competência instituída pelo próprio ordenamento jurídico, assim todo cientista das normas deve ter, como ponto de partida para compreensão normativa, a instituição desta atribuição à autoridade (COELHO, 2009, p. 54).

O cientista jurídico, ao analisar o seu objeto de estudo que é a norma jurídica

positivada, deve primeiramente buscar um critério de validade formal. Este elemento unifica os dois aspectos, estático e dinâmico, do conjunto normativo, através de um escalonamento em que a norma superior valida a norma inferior. Verifica-se os requisitos de produção normativa e aplicação, sem se ater ao caráter valorativo. A norma pode ser justa, mas a justiça não é critério necessário normativo.

Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não-de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas, entre os fatos por elas determinados (KELSEN, 1996, p. 80)

A ciência jurídica busca o conhecimento, mas não a produção do direito, ou seja, como fonte criadora, pois se limita ao papel de conhecimento do direito produzido pela autoridade jurídica, isto é, por aquela que tem a prerrogativa atribuída em critérios de capacidade para determinar a criação de normas jurídicas seja em seu aspecto estático ou dinâmico.

A distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou falsas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verdadeiras ou falsas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer falsos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou falsas (KELSEN, 1996, p. 80)

Com base nessa distinção entre “ser” e “dever ser”, considera-se o “dever ser” (sollen) como expressão da normatividade do direito que deve ser investigada pela ciência jurídica. A ciência jurídica se transforma em uma ciência normativa, pois seu objeto consiste em normas que não enunciam o que sucedeu, sucede ou sucederá, mas, tão somente, o que se deve fazer. O significado jurídico da expressão normativa. Em contraposição, o “ser” (sein) diz respeito à natureza, regida pela lei da causalidade, que enuncia que os objetos da natureza se comportam de um determinado modo. Pode-se afirmar que o ser está baseado na causalidade e o dever ser na imputabilidade. Os cientistas jurídicos teriam como objetivo saber como as normas se articulam entre si, qual a raiz de sua validade e qual o critério a adotar para lhes definir unidade sistemática.

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como 'lei' - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como 'lei'. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica (KELSEN, 1998, 90)

Para Larenz (1997, p. 92), o campo de atuação do Direito é mais amplo do que a concepção de Kelsen. Diversas áreas de abordagem são atribuídas ao Direito, como a filosofia jurídica, a teoria do direito, a sociologia do direito e etc. A ciência jurídica é um fenômeno presente em diversos planos do ser.

O Direito não possui relação com o mundo natural, seu objeto é a relação humana, as interações que não denotem condições de solução de forma pacífica, tendo necessidade da participação de um terceiro com poder. O direito Deve ordenar a vida em sociedade, de forma vigente, eficaz, por meio do poder, mesmo sujeito a eventual inaplicabilidade.

O objeto do Direito é mais amplo do que a norma, inserindo o contexto social e o histórico. O cientista jurídico deve observar a eficácia da norma no plano social, o direito como fator dentro da sociedade, por outro lado deve também deve se ater a construção da sociedade e das regras de comportamento entendendo que diferente dos animais, o indivíduo é formado com o passar dos anos e o direito deve estar vinculado ao tempo e espaço (LARENZ, 1997, p. 107). A interpretação a ser realizada da norma deve levar em consideração aspectos sociais, históricos e valorativos não somente o caráter normativo-imperativo. A análise demanda uma experiência do jurista com sua bagagem cultural que abordará valorando não só a norma, mas os fatos atribuídos a campo de incidência normativa.

Para Larenz (1997), o Direito é uma ciência compreensiva que insere na sua atuação a participação de outros ramos de conhecimento humano que ajudará o interprete a buscar uma solução mais justa na apreciação da situação fática com consequências jurídicas.

A situação de fato enquanto enunciado não esta assim (dada) de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada

por ele, tomando em consideração, por um lado, os fatos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A atividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de fato que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de fato que acede a sua apreciação jurídica (LARENZ, 1997, p. 391).

A dogmática jurídica é influenciada pela aplicação de valores para concretização do direito. Larenz (1997, p. 321) retoma a obra de Luhmann quanto à dogmática jurídica sob o prisma sociológico, distante do caráter científico-teorético, A função principal da dogmática é possibilitar as experiências sociais na abordagem jurídica trazendo um caráter pragmático para atividade jurídica uma concepção instrumental da ciência jurídica. A jurisprudência dogmática está direcionada a influir na vida, de forma prática e não teórica, A metodologia, para o autor deve auxiliar na hermenêutica jurisprudencial, que forma um círculo dialético em que se parte da leitura do enunciado normativo até a inserção de valores formando um círculo em que o interprete retoma as concepções de justiça e a análise normativa até chegar ao ponto final.

Leva-se em consideração que o jurista é um ser humano e mecanismo de integração do ordenamento jurídico. A bagagem cultural se transforma em um elo existencial entre o conjunto normativo e a realidade social. A interpretação normativa para ser completa deve ocorrer também valoração da situação fática que chega ao interprete em estado bruto. O acontecimento jurídico é ampliado e deve ser em virtude da sua universalidade. A norma é uma espécie de fenômeno e traz um modelo de comportamento que pode ser construído e reconstruído a qualquer momento.

3.4 A CIÊNCIA JURÍDICA PENAL E SEUS ELEMENTOS

O Direito Penal, como fragmento da ciência jurídica, possui todos os elementos peculiares para estudo do seu objeto. Como toda ciência caminha através de saltos constituídos por paradigmas, logo o estudo jurídico penal possui também na sua evolução realizações científicas que determinam uma força atrativa, na forma de pensar o âmbito penal. A ciência jurídica penal possui suas premissas, pressupostos, teorias e métodos para estudar o sistema penal, ou seja, a sua forma de observar e explicar o seu objeto de estudo. Para o estabelecimento dos

elementos que compõe este estudo necessário se faz constatar as características que consolidam o conceito do Direito Penal.

A palavra Direito possui diversas acepções. No que tange ao Direito Penal, é comum se atribuir, tanto o conjunto normativo que rege as relações criminais, como a própria ciência jurídico penal. Encontram-se respostas sobre os elementos que caracterizam a parte do ordenamento jurídico que se referem ao crime e suas consequências. No entanto, a perspectiva sistemática e crítica é construída dentro do âmbito científico. Os manuais jurídicos penais reproduzem o conceito sem se afastar destes elementos considerados essenciais para diferenciar o Direito Penal de outros ramos do Direito. “O Direito Penal se compõe da soma de todos os preceitos que regulam os pressupostos ou consequências de uma conduta cominada com uma pena ou com uma medida de segurança e correção” (ROXIN, 1997, p. 41)¹.

Diversos outros conceitos do Direito Penal terão elementos que o caracterizam de forma específica, limitando o cientista, desde seu ponto de partida até a conclusão. Pode-se identificar através dos conceitos apresentados que a Jurídica Penal terá sua perspectiva voltada para o conjunto normativo, o crime e a pena.

A ciência jurídica, por sua vez, é construída no intuito de legitimar o paradigma punitivo. A partir da formação deste paradigma o Direito Penal se estabelece como uma ciência normal com acúmulo de conhecimentos e desenvolvimento progressivo, no entanto a racionalidade penal moderna se torna um obstáculo para a construção de soluções de conflito mais humanas. A punição se torna o eixo do sistema jurídico penal.

A lei constitui fonte primária do Direito Penal e do poder punitivo de condutas proibidas. O agente de pesquisa jurídico penal se atém aos pressupostos sistemáticos interpretativos para configurar a validade da aplicação, bem como realizar críticas ao sistema jurídico penal. O cientista jurídico que se aventure em trilhar o campo científico penal se voltará, inexoravelmente para alguns, dos elementos ordenamento normativo penal, o crime e a sua consequência como ponto de partida do estudo do Direito Penal.

O conhecimento jurídico penal deve abordar, de forma crítica, os

¹ El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección.

pressupostos teóricos e filosóficos que consolidam o conjunto normativo, buscando tornar-se um sistema com coerência e unidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 30). Difere do próprio conceito clássico do Direito Penal que acaba se apresentando parte do objeto da ciência penal.

A ciência jurídica penal tem, como objetivo, a elaboração e desenvolvimento da sistemática penal, buscando configurar um mecanismo lógico de aspectos formais e materiais na interpretação do conjunto normativo. O conjunto de realizações teóricas possui a análise do ordenamento jurídico fragmentado a partir do entendimento do que é área do Direito Penal. O sistema jurídico penal possui uma formalização que se configura como um esquema epistemológico de identificação do injusto penal. (Ferrajoli, 2002, p. 30)

A concepção filosófica do que seria uma ciência jurídico-penal e seus elementos de estudo se formou com o pensamento construído por Cesare Beccaria em 1764. Estabeleceu-se, então, que o resultado para a evolução da ciência penal em toda a Europa foi a formulação dos pressupostos ao entorno dos eixos da teoria do crime e a teoria da pena (BARATTA, 2002). A obra de Beccaria determinou as bases para a delimitação do universo da ciência jurídica penal. A partir destes elementos, lei, crime e pena, há a possibilidade de compreender a forma de pensar o Direito Penal na pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade, retratando o paradigma desta ciência em cada época.

O conjunto normativo penal é a expressão maior de poder. A intervenção direta em direitos considerados fundamentais, pois se a lei é a previsão de comportamento para um convívio harmonioso entre os indivíduos as consequências jurídicas penais tem sido o cerceamento desta convivência.

O fenômeno criminal é encontrado em todas as fases históricas da humanidade. Onde está o homem está o direito, mas também há o crime. A produção de normas sejam elas positivadas ou históricas que geram uma punição está diretamente relacionada com o poder. O poder de um indivíduo sobre o outro, de uma comunidade sobre a outra e, principalmente, do Estado sobre o indivíduo construído na era moderna.

Compreender o Direito Penal é buscar conhecer os valores inerentes a cada fase da humanidade, pois o reflexo do conjunto normativo criminal é caracterizado pelas relações de poder. Constata-se que as teorias normativas buscam justificar teoricamente, a submissão do homem às determinações emanadas pelo poder

vigente. Há uma relação direta entre as teorias das normas e aquelas relacionadas ao poder (FERRAZ JÚNIOR, 2002). O exercício do poder determina o que é considerado crime, seja originado pelo nascimento, pelos deuses ou, até mesmo, pela própria democracia representativa.

Necessário o entendimento do contexto histórico-social que constrói a forma de pensar as relações jurídicas penais. Para entender a natureza dos elementos jurídicos penais e suas transformações é necessário observar os aspectos filosóficos sociais de cada época.

A vida social é o desenrolar das atividades humanas em um universo normativo, ou seja, os seres humanos possuem duas espécies de vida, a biológica e aquela determinada por uma rede de previsões de comportamento que os acompanham em todo o ciclo da vida. O fenômeno jurídico é como uma atividade inerente constituído na dimensão normativa do comportamento social (SOARES, 2013).

Não há como dissociar o Direito Penal como fenômeno social e os valores vigentes na sociedade interferindo na sua aplicação. O universo que versa as relações jurídicas penais reflete, de forma mais nítida, o contexto histórico-social. O agente de conhecimento é o elo existencial entre a abstração da norma penal e a compreensão das formas como se produz o sistema punitivo de cada época. O desvio punível é reconhecido como socialmente anormal ou coisa semelhante (FERRAJOLI, 2002, p. 31)

As interações humanas constituem objeto das ciências sociais aplicadas principalmente o Direito Penal. Configuram-se em verdadeiro fator de transformação do conhecimento comportando novos objetos de estudo. A realidade social em constante mutação estabelece conceitos novos sobre os institutos, bem como a mudança da natureza. Desta forma, A relação humana e toda a sua complexidade faz nascer a necessidade de outros métodos, mas, também, novos sujeitos de conhecimento. Não obstante, para Foucault (2002, p. 8), o próprio sujeito de conhecimento tem um passado com o objeto de sua pesquisa, ou seja, sua própria verdade tem a sua carga histórica.

Para compreender o paradigma jurídico de cada fase da evolução humana, necessário se faz entender o pensamento vigente da época. Não há como separar nas ciências sociais, o sujeito da pesquisa e seu objeto, pois o universo de estudo está intrínseco ao próprio pesquisador.

O ser humano possui diversos comportamentos que estão presentes nas mais variadas esferas de relações sociais. O Direito, por sua vez, através de seu conjunto normativo, estabelece uma previsão de conduta que pode ser proibida ou necessária para a concretização de interesses pessoais.

Nesta senda, ocorre que a ciência jurídica, na sua característica dogmática, possui, como enfoque, elementos que giram em torno de fatos jurídicos que se diferenciam de outras áreas de conhecimento. Assim, os fenômenos sociais estarão no âmbito de cada ciência, a partir da observação de características que possam classificá-los, ou seja, agrupá-los de forma ordenada mediante uma lógica que diferencie o universo de estudo científico (DURKHEIM, 2007, p. 23). Nesta senda, há uma qualidade atribuída a determinados acontecimentos sociais para estabelecer o âmbito de atuação da atividade de conhecimento humano.

A sociedade possui diversas relações sociais, algumas inseridas no âmbito jurídico e outras não. O Direito rege interações humanas que possuem uma potencialidade conflituosa, ou seja, a ausência de diálogo e solução pacífica. Há condutas humanas que podem ser consideradas de âmbito jurídico penal ou de outra área de atividade jurídica.

A dogmática penal brasileira estabelece duas espécies de infrações penais. No Brasil, há o crime e a contravenção, diferente de outras regiões do mundo, como a França, por exemplo, que estabelece o delito, crime e contravenção penal que se diferenciam mediante o grau de rejeição da afronta aos valores presentes na sociedade. Observa-se que há um feixe de condutas, seja qualquer das espécies de infração, com características diversas inserido no âmbito de tutela jurídico penal. De forma paradoxal, o caminhar da sociedade demonstra que comportamentos considerados graves não eram nem tipificados como infrações penais e outros menos relevantes tinham como consequência uma pena.

No entanto, há aspectos que podem esclarecer a inserção dos comportamentos humanos no âmbito penal, o sentido formal e o material. O sentido formal do crime se revela pela positivação da proibição ou exigência de uma conduta. Por sua vez, o sentido material está relacionado ao perigo ou lesividade do comportamento a um bem jurídico relevante. Observa-se que estes aspectos se tornam critérios que estabelecem uma arquitetura do ordenamento jurídico para legitimação e vinculação do crime à lei (CARVALHO, 2001, p. 86), os aspectos que convergem para o estabelecimento de um comportamento de âmbito penal.

Apesar dos pontos de convergência que aproximam para uma definição de criminalidade entre ações ou omissões divergentes, não é possível estabelecer uma natureza universal do crime. Alessandro Baratta (2002) defende que o crime não existe realmente, pois se configura somente em uma abstração jurídica que se construiu dentro do processo de interação social, ou seja, um produto estabelecido somente no campo social. Esta construção social é elemento essencial do objeto de estudo jurídico penal.

Ontologicamente, não há diferença entre o ilícito de âmbito penal e das demais áreas do Direito. Os comportamentos são criminalizados como crime ou contravenção penal, a partir de uma política criminal, ou seja, a conduta humana é pré-existente, no entanto o endurecimento ou não fica a critério de uma conveniência eminentemente política. Na evolução do Direito Penal, a sua concepção era construída, somente, como um instrumento de domínio e controle social (ROXIN, 2000, p. 20). Para compreender a evolução do paradigma jurídico penal é necessário se debruçar sobre as questões sociais e a forma que os cientistas jurídicos observam este fato jurídico.

A pena, por sua vez, sempre existiu desde que o homem iniciou sua vida na Terra. A sua essência está na retribuição ou um castigo, ou seja, a consequência do cometimento de um mal. Este elemento é caracterizador do ramo jurídico penal, fornece inclusive a denominação a esta ciência jurídica, não havendo como falar em Direito Penal sem tocar na palavra pena (ROXIN, 1997, p. 42).

Para compreender os paradigmas jurídicos penais, deve-se observar a mudança de perspectiva sobre a natureza da retribuição ao mal causado e o seu contexto coletivo. Há diversos modelos de intervenção através da pena, sistemas que possuem relação direta com o pensamento filosófico e social de cada época. Ferrajoli (2006, p. 198) ensina que:

[...] modelo garantista e cognitivo e modelos autoritários ou decisórios de Direito Penal, constitua reflexo das diversas respostas historicamente fornecidas às questões do porquê, do quando e do como da intervenção penal e das correspondentes justificativas metajurídicas, filosóficas ou, ainda, ético-políticas.

O Estado foi construído através da força, o instrumento de organização moderna da forma de vida humana coletiva. A resposta mediante uma sanção já teve diversas características dentro da sociedade. O exercício da força de um

indivíduo ou de uma comunidade sobre a outra. Um caráter de proporcionalidade ainda antes do Estado Moderno com a lei de talião estabelecia a possibilidade de negociação, no momento em que oportunizou a quantificação da resposta penal. A concepção de pureza através da dor do condenado. A legitimidade como fundamento essencial da pena e até mesmo sua necessidade no momento contemporâneo.

A função retributiva da pena é a mais conhecida historicamente. No entanto, a forma de visualizar a pena, seus elementos essenciais, bem como sua função mudou com o tempo e perspectiva filosófica científica. Estudar o paradigma jurídico penal é contemplar a forma como a sociedade construiu a resposta penal em cada momento da atividade humana.

4 A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA PENAL MODERNO E SUA EVOLUÇÃO

Historicamente, o termo paradigma tem o sentido de exemplo, ou seja, uma referência para a construção de argumento. Um modelo que possibilita um parâmetro na construção do pensamento, ou seja, uma forma modelar de dirimir situações que se apresentam: “a história da ciência não é uma história das representações cada vez melhores do mundo, que se sucedem, mas apenas um aumento da capacidade de resolver problemas” (DUTRA, 2017, n. 80).

Essa forma modelar se torna uma força interna que configura as ações dos cientistas fornecendo premissas e orientando o silogismo na busca de resultados. O paradigma, segundo Thomas Kuhn, “são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (2013, p. 13). Muito mais do que uma perspectiva, ou seja, um filtro sobre o mundo, o paradigma estabelece um sistema conceitual e interpretativo que determina a própria forma de observar ou explicar a realidade.

O conceito de paradigma está voltado a realizações científicas que possui um caráter coletivo de aceitação. A comunidade científica estabelece parâmetros como leis, teorias, métodos dentre outros elementos adequados a essa realização. O paradigma constrói uma coerência na forma de pensar onde o grupo é atraído. “Um paradigma não é apenas uma realização, mas também um modo específico de modelar a prática futura sobre ele” (KUHN, 2013, p. 29). Observa-se que o parâmetro de universalidade é votado para o caráter de sedimentação do pensamento no âmbito da comunidade seja ela científica ou a própria sociedade em determinado lugar e tempo.

O sentido do termo paradigma está intrinsecamente relacionado com a noção de comunidade científica. Este entendimento revela o caráter coletivo da produção de conhecimento. A descoberta de um dado ou sua interpretação será compartilhada com os demais agentes de pesquisa. Esta avaliação ou aceitação demanda, inclusive, a linguagem da época, ou seja, a forma de transmitir a nova informação.

Com a escolha do termo pretendo sugerir que alguns exemplos aceitos na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teorias, aplicação e instrumentalização – proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da

pesquisa científica. (KUHN, 2013, p. 72)

Isto quer dizer que a ciência ganha o contorno do paradigma quando aceito pela comunidade científica. As premissas, os problemas e soluções são legitimados através da força atrativa na coletividade de pensadores. O que é tido como dentro do sistema científico é aquilo adequado ao paradigma. Assim esta comunidade determina critério para estabelecer o que é verdade, método válido e objeto de ciência. “Considero paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 2013, p. 53)

A ciência não possui seu avançar através de ações isoladas de determinados atores com capacidade superior ao conjunto de pessoas, ou seja, não é simplesmente a descoberta de um “gênio” sobre determinado assunto que promove o progresso da forma de pensar da sociedade. Os critérios de comensurabilidade da descoberta são estabelecidos pela comunidade científica, que comunga os requisitos para conceber o conhecimento.

O paradigma tem uma natureza social. Do ponto de partida à solução dos problemas que são apresentados, há uma padronização através de regras que demonstram as características do paradigma que é estabelecido.

A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferências e exercícios de laboratórios. (KUHN, 2013, 115)

O paradigma modela a própria ciência, ou seja, a própria visão da comunidade científica sobre a realidade. Ocorre uma demarcação da forma de pensar científico do agente de pesquisa através de teorias, pressupostos, problematizações, métodos e soluções que coadunam com essa demarcação.

4.1 AS FASES DA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA

A atividade científica possui as características da continuidade e descontinuidade, ou seja, momento em que há uma sedimentação da forma de

produção científica e o rompimento dessa ordem que se manteve na comunidade científica. O filósofo Thomas Kuhn (2013) sistematizou esse processo de histórico e filosófico da experiência humana de conhecimento conforme descrição nos seguintes parágrafos.

O progresso científico é constituído em etapas que se apresentam em fases com características bem definidas. O processo de evolução científica é um evento cíclico que envolve fatores de cunho histórico, filosófico e social. A forma de pensar tem a influência da época e a ciência dialoga com o momento da humanidade. Os marcos científicos podem ser observados através dos ciclos que se apresentam na comunidade científica.

Cada ciclo se inicia com a fase pré-paradigmática que constitui um período de concorrência entre teorias na comunidade científica. Este momento anterior ao paradigma se apresenta sem uma definição dos elementos comuns da produção de conhecimento. Diversas formas de problematizações, métodos e construção dos parâmetros científicos é vivenciada.

De forma paulatina, um modelo de pensar se estabelece dentro da comunidade científica, que define os contornos de como a ciência observa o mundo. Neste momento, estabelece-se um paradigma formando as premissas, abordando problemas antigos e formulando novos e bem como as soluções que devem ser buscadas.

Diante da formação do paradigma, a ciência ganha um período de continuidade. A linguagem se torna comum a todos os atores científicos e os métodos construídos ou adotados são amplamente utilizados. Nessa fase, a produção científica busca resolver os problemas apresentados, sem se afastar do paradigma construído. Não há grandes novidades, apenas especialidades daquilo que já fora determinado pela sedimentação da forma de produzir conhecimento.

A realidade não se adequa a visão que os cientistas construíram, mas o contrário. Algumas situações surgem no decorrer da produção científica em que o paradigma não consegue resolver ou até mesmo explicar. Natural é o surgimento de novos problemas e a concepção teórica será testada para solucionar. As anomalias se tornam presentes quando estas situações não se encaixam ao paradigma vigente desencadeando confrontos entre os teóricos. Este período de insatisfação da comunidade científica é chamado de crise do paradigma.

A crise permite que novas concepções científicas possam ser suscitadas. Um

momento de descontinuidade da ciência normal se forma com o rompimento dos parâmetros de produção de conhecimento. O desenvolvimento científico toma novos contornos alterando a própria visão de mundo. Concebe-se, assim, um novo paradigma.

4.2 A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA CIENTÍFICO

Nesta fase há a sedimentação de uma teoria em detrimento das outras concorrentes. A comunidade científica aponta para uma direção da forma de produção de conhecimento. Isto ocorre pelo convencimento dos atores científicos dos benefícios que esta realização pode gerar para a ciência (KUHN, 2013).

O processo de construção do paradigma após a fase pré-paradigmática se desenvolve de forma gradual em que as teorias e métodos vão sendo abandonados em virtude da descoberta científica poder resolver mais problemas que as propostas de paradigmas que se apresentaram.

Em seu livro 'A estrutura das revoluções científicas' (1962), ele sustenta a tese que a ciência se desenvolve durante certo tempo a partir da aceitação, por parte da comunidade científica, de um conjunto de teses, pressupostos e categorias que formam um paradigma, ou seja, um conjunto de normas e tradições dentro do qual a ciência se move e pelo qual ela pauta a sua atividade (CONTRIM, 2002, p. 250)

O paradigma é um campo com características definidas pela comunidade científica que concretiza os parâmetros para a produção de conhecimento. A ciência evolui através de paradigmas, pois estes possibilitam o início de uma fase com continuidade e especialidade desta atividade humana.

A realização científica que se torna um modelo a ser seguido para os atores do conhecimento afasta a possibilidade de atritos, o que permite a normalidade do desenvolvimento científico. Explicando o caráter coletivo do paradigma científico, Dutra (2017, p. 70) assevera que: "Segundo Kuhn, é apenas quando um grupo de pesquisadores realiza suas investigações sob a orientação de um paradigma que podemos falar de uma disciplina científica"

Desta forma, a partir da história do direito moderno, há a possibilidade de constatar o paradigma jurídico penal. A forma de pensar o direito de punir possui

força característica de modelo coletivo que molda a produção científica jurídica penal.

4.3 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E A CONCENTRAÇÃO DE PODER

Pode-se estabelecer um período de transição para a formação do paradigma moderno e a posterior continuidade na ciência normal. No entanto, a pesquisa desenvolvida não busca adentrar em discussões sobre a cronologia do início ou fim do processo de transição do fim da idade média e começo da modernidade. Apenas busca evidenciar eventos que possibilitaram caracterizar a época e o pensamento construído por estes fatores históricos.

As diversas ordens sociais existentes na Idade Média e as arbitrariedades de uma nobreza parasitária se tornaram obstáculos ao desenvolvimento comercial e social da Europa. A burguesia, classe social formada por comerciantes e profissionais liberais, aproxima-se do rei, com objetivo de uniformizar regras e realizar transformações estruturais que permitissem o desenvolvimento econômico.

A época moderna pode ser considerada exatamente como uma época de “revolução social”, cuja base consiste na substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista. A partir do século XV o comércio cresceu extraordinariamente, fruto, naturalmente, de modificações ocorridas no interior das sociedades feudais européias (aumento da população, crescimento das cidades, desenvolvimento das manufaturas etc.) (CALDEIRA, 2009, p. 256).

O rei necessitava dos recursos disponibilizados pelos burgueses para promover a unificação do país e a burguesia ganhava espaço de poder como nova classe dentro da sociedade. Em uma sociedade estamental, com um sistema punitivo diferenciado para as pessoas e regido pelos senhores feudais e a igreja, necessária a concentração do poder de punir nas mãos daquele que poderiam favorecê-los, o rei.

A aproximação entre o incipiente Estado moderno e a Igreja, esta fornecendo legitimidade (jusnaturalismo teológico) ao poder do soberano e aquele proporcionando a utilização dos quadros burocráticos e administrativos, consolida um modelo jurídico-político no qual a intolerância – modelo de eliminação da alteridade pela submissão do ‘Outro’ ao ‘Um’ – é uma das principais características. (CARVALHO, 2001, p. 14).

O sistema penal era utilizado como controle das pessoas, não no sentido de harmonização, mas de poder de fato. A ausência de um sistema de governo centralizado propiciou um período de disputa entre feudos por terras que eram, na época, sinônimo de poder. A burguesia se via limitada por uma aristocracia que detinha as armas e por consequência o controle da vida social. O rei era a solução para a inserção e proteção do exercício desse poder. Nas ordenações filipinas, Título CXXXVIII, os burgueses se inseriram nas pessoas escusas das penas vis. Este é um exemplo da necessidade de um poder concentrado que dependia dos recursos dessa nova classe não mais dependente da terra, mas sim do comércio. “Principalmente por causa da nova classe que acumulava riquezas com o comércio e não mais com a terra – observou-se, também um Renascimento, a transição do Regime Feudal para o Regime Capitalista” (ALBERGARIA, 2012, p. 134).

A baixa idade média é marcada pela transição para o regime absolutista. Um processo de abandono de organização da sociedade pelas tradições para um regramento estabelecido por codificações. A lei positivada estabelece de forma mais eficaz o processo de centralização do poder no monarca.

Mais tarde advém a necessidade de organizar melhor estas leis e assim, em resumo, surgem as *Codificações*, trazendo com elas o galardão de serem consideradas, de fato e de direito a origem da sociedade e do estado onde esta sociedade se agrupa para viver (GAVAZZONI, 2002, p. 113).

O soberano detinha as expressões de exercício do poder do Estado. Governar, legislar e especificamente julgar cabiam ao Rei ou as autoridades as quais eram delegadas. Havia um sistema de governo na idade média, no entanto, era diluído pela velha aristocracia. A centralização rompe a dominação dos senhores feudais que detinham as posses de terra e o exército próprio instituído.

O advento do absolutismo nunca foi, para a própria classe dominante, um suave processo de evolução: ele foi marcado por rupturas e conflitos extremamente agudos no seio da aristocracia feudal, cujos interesses coletivos em última análise servia (ANDERSON, 2004, p. 20)

Para que fosse possível a concentração de poder, havia a necessidade de um exército próprio contra as possíveis invasões, recursos econômicos e justificativas racionais para tanto poder nas mãos de uma pessoa. A parte financeira foi resolvida

pela proximidade com a classe emergente da burguesia, que inclusive possibilitou a formação de um exército real e redução da necessidade bélica dos senhores feudais. O pensamento que vinculava a autoridade pela divindade ainda estava presente apesar de ser abandonado mais tarde pela separação do Estado e a Igreja.

Santo Agostinho revelou o pensamento filosófico sobre a origem das superioridades do monarca e senhores feudais através da vontade de Deus. Os homens deviam obediência ao clero que eram os intermediadores da divindade suprema, incluindo o Estado que estava abaixo da Igreja. “O Estado é inspirado aos homens por Deus e que a Igreja era superior ao Estado por ser ela a única confiável como intérprete de Deus” (GAVAZZONI, 2002, p. 115).

No entanto, o processo de centralização do poder não é constituído por um poder de fato, mas por um poder jurídico. O soberano, no início da formação do Estado Moderno, é um mediador entre forças existentes dentro da sociedade. A aristocracia embora decadente detinha ainda propriedade de terras e a produção de alimentos. A burguesia constituída por comerciantes com recursos financeiros necessários para o desenvolvimento das nações emergentes também buscavam se inserir nas instituições e decisões políticas. (ANDERSON, 2004, p. 20)

Apesar do início do absolutismo se parecer mais com uma faceta do poder de fato da nobreza com a reunião da força de coerção em um só governante, a constituição do poder do soberano necessitou de legitimação. “Tamanha centralização era justificada por teorias que buscavam explicar o absolutismo ou mesmo foram utilizadas por este momento quando somente tentavam justificar a necessidade do Estado” (CASTRO, 2003, p. 201)

O Estado Absolutista foi formado pela coesão de forças existentes dentro da sociedade. As características marcantes deste período, principalmente pela centralização do poder, fornece a propensão a uma visão simplista de que o poder do rei era arbitrário e ilimitado. A formação do Estado Moderno consiste na transição de um poder de fato para a construção de um sistema de poder jurídico.

Havia representações de poder dentro da sociedade que buscavam determinar parte das expressões do Estado. O poder do monarca, nesta época, para ser concretizado necessitava de instituições que pudessem fazer valer a vontade do soberano. No entanto, havia classes sociais inerentes ao próprio regime que vigorava que se tornavam limitadores deste poder.

O Estado Absolutista caracterizado como um governo de poderes institucionais, centrado e de forma arbitrária, ultrapassa valores e crenças relativos à sua época, sendo que ficam restrito a limites internos e externos dentro da sociedade, como legislar sem ferir os direitos da aristocracia (CAMPOS, 2009, p. 03)

Para sobrepor esses limites impostos pela luta da aristocracia pela manutenção dos privilégios e da burguesia que buscava espaço de poder, o monarca estabelece um Estado pautado pela ordem através das leis, ou seja, ocorre o processo de transformação de uma sociedade dividida em corpos sociais para um Estado de Direito com a institucionalização do monopólio do poder de punir. O Estado Moderno se forma com a centralização do poder de legislar os comportamentos da sociedade, controlando as forças existentes, e a legitimação da punição através da manutenção da ordem social. Assim, há a construção de um vasto bloco jurídico composto por doutrina, jurisprudência e leis implacáveis que afirmavam o poder do Soberano (CÂMARA, 2008, p. 41)

A teoria utilizada para justificar a concentração de poder na formação do Estado Moderno foi apresentada por Thomas Hobbes que defendia a necessidade de um governo que pudesse evitar a desordem social. Através de sua obra “Leviatã”, o filósofo defende que o homem tem uma pré-disposição natural para um estado de conflito contínuo, havendo a necessidade de um ser que pudesse manter a harmonia entre os indivíduos.

Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos (HOBBS, 1979, p. 59)

O Estado Moderno é formado pela crença de que o monopólio do poder de punir, com o receio do castigo, impede que homens vivam em eterno estado de vinganças. A lei estabelecida pelo soberano reflete a vontade de todos os homens, afastando a insegurança que existia pelo tratamento diferenciado construído pelos costumes e tradições da época. O reflorescimento do direito romano atendeu as necessidades das classe sociais que moldaram as estruturas do Estado Absolutista. (Anderson, 2004, p. 23)

Antes mesmo do Iluminismo, a ideia contratual entre indivíduos e Estado já pode ser observada nos ensinamentos de Hobbes na centralização do sistema de

punir. Uma retomada da filosofia clássica grega do racionalismo da organização da vida social através da noção de um pacto social entre homens livres.

O pensamento da natureza pactual do Estado também foi elemento de sedimentação do paradigma punitivo da modernidade. As leis incriminadoras e por consequência as respectivas sanções são configuradas com o intuito de defesa social. As punições aplicadas por representantes do Estado são legitimadas filosoficamente pela ideia de pacto social.

O poder/direito de execução das sanções não seria, porém, um poder absoluto ou arbitrário, mas restringido pelos ditames da 'razão calma e da sã consciência', ou seja, desde um critério de proporcionalidade entre a transgressão e a penalidade. (CARVALHO, 2001, p. 29)

A configuração deste pensamento que desloca o ato delituoso de uma prática contra o ofendido para uma ação contrária ao Estado, ou seja, o ofensor que age contra a lei. Beccaria, em sua obra "Dos delitos e das penas" fazia críticas ao sistema punitivo da época e defendia que o fundamento ao direito de punir era a conservação do depósito da salvação pública que os súditos realizavam.

Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há (BECCARIA, 1764, p. 31).

O pensamento sobre o sistema punitivo, na formação do paradigma moderno, é a defesa social. A vingança, seja privada, religiosa ou pública é abandonada pela necessidade de legitimação da pena. A autora Flavia Lages de Castro, ao comentar as ideias de Beccaria e o retrato da época explana que "a finalidade das penas deveria ser, portanto, a proteção da sociedade e não a desforra, o desagravo, bem como deveria visar desencorajar outros de cometerem crimes" (2003, p. 212)

O Iluminismo realça o paradigma punitivo em que a concepção de um estado de direito configura a prática delituosa como uma questão jurídica. O fundamento do contrato social é a base filosófica em que o Estado estabelece leis para criminalizar condutas e o particular cede parte da sua liberdade para que haja a harmonia dentro da sociedade.

Os iluministas buscaram pensar em termos de cidadania não somente a posição do povo, mas também como deveriam ser os governantes no exercício do poder do Estado. Neste sentido a vida social é entendida como uma sociedade, ou seja, uma associação voluntária de homens livres, que regulam segundo sua própria razão e em função do próprio interesse, o seu convívio.(CASTRO, 203, p. 206)

O Iluminismo, período de formação deste paradigma, ocorre paulatinamente em confronto ao pensamento do início da formação do Estado. A burguesia não suporta uma aristocracia ainda parasitária. O absolutismo que inicialmente foi útil para a universalização do controle do Estado não contemplava, os ideais do iluminismo. A vontade do rei deixa de ser a vontade de todos e a participação do povo na sua autonomia de se autogerenciar prevalece em relação à visão clássica absolutista.

Esta fase histórica humana de renascimento do individualismo contribui diretamente para a formação da forma de pensar o sistema jurídico penal. As ideias sobre direitos natos do homem e a limitação do poder do Estado se tornam fundamentos no campo político e jurídico do Direito Moderno.

O mesmo vai se dar na teoria política em que a natureza humana é considerada base dos direitos e liberdades do indivíduo e o ponto de partida para a construção de uma nova ordem social em oposição ao mundo feudal, a ordem teocrática e à monarquia absoluta (MARCONDES, 2001, p. 196).

A harmonização entre direitos do indivíduo e o poder de punir do Estado em virtude da necessidade de ordem social é a tônica das discussões jurídicas da sociedade moderna. “É em nome do homem que o contrato social entre os indivíduos que cria a sociedade é realizado, e o governo deve portanto comprometer-se com a preservação destes direitos” (MARCONDES, 2001, p. 199)

A teoria do contrato social estabelece um elemento filosófico do paradigma da relação entre a liberdade dos indivíduos e a parte que é cedida ao Estado possibilitando o cerceamento. A relação entre os direitos dos homens e a garantia de segurança, que se torna um dever do Estado, que, para alcançar exerce uma coação sobre esses mesmos indivíduos.

Da mesma forma que a noção de estado de natureza para os jusnaturalistas era um conceito racional, uma exigência da razão justificadora, para o jurista moderno atua a noção de poder originário,

o qual é, de fato, sempre limitado – limite externo do poder soberano (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 25).

O pensamento sobre o poder de punir advém de uma racionalidade sobre sua origem no próprio homem e em função de seus direitos. A necessidade da existência de um controle sobre o comportamento da sociedade limitado pelo poder originário emanado pelo próprio povo, ou seja, o Estado seria um intermediário deste exercício de autolimitação. A pena, por sua vez, estaria legitimada pela noção do contrato social em que a sociedade se autodetermina na limitação de sua liberdade.

4.4 A RACIONALIDADE PENAL MODERNA E O PARADIGMA PUNITIVO

A formação do paradigma punitivo prevalece construída como critério de legitimação da sanção. O sistema jurídico penal se estabelece como característica da sociedade moderna através de uma visão com respeito aos direitos individuais.

A consequência resultante para a história da ciência penal, não só italiana mas europeia, é a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal de estado de direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as ideias do contrato social e da divisão dos poderes. (BARATTA, 2002, p. 33)

Para Álvaro Pires, essa forma de pensar da ciência jurídico-penal, bem como o sistema processual penal, é denominada de racionalidade penal moderna. A evolução do pensamento penalista adquire contornos característicos específicos se tornando uma força filosófica que a coletividade de cientistas jurídicos não se afasta.

as ciências sociais, a filosofia e o saber jurídico têm dificuldade de pensar o crime e o sistema penal sem aplicar a esses objetos as categorias de pensamento produzidas e legitimadas pela própria racionalidade penal moderna (PIRES, 2004, p. 42).

O modelo de sociedade foi construído mediante o monopólio do controle social do Estado, através de um conjunto de normas jurídicas associado a um sistema jurídico formal e objetivo. Esse modelo gerou, na filosofia penal, um subsistema punitivo que demanda o dever do Estado em realizar a harmonização social mediante a normatização de comportamento e a construção da resposta

através da sanção. A ideia de racionalidade penal coaduna com a construção de evolução científica através de paradigmas jurídicos.

Há, sem dúvida alguma, um relação de entrosamento íntimo no nascimento, aparecimento e desenvolvimento do Estado moderno com o modelo de legitimação fundada no espírito objetivo e legalista pertencente à dinâmica do direito (BITTAR, 2009, p. 59).

No campo jurídico, o poder do Estado em aplicar as sanções é tido como elemento essencial do Direito. O paradigma jurídico penal moderno não se afasta desta crença. As Escolas de pensamento elaboram suas teorias baseadas neste pressuposto. O Direito Penal, como um ramo oriundo do tronco do Direito, concretiza o entendimento sobre a possibilidade de aplicações de sanções desde que sejam observados os princípios e garantias que legitimam a punição.

As teorias jurídicas do poder se tornam justificações mais ou menos bem construídas de seu exercício, as quais acabam por reforçar aquele mesmo exercício. Seu problema é não o que seria necessário para o poder ser, mas o que seria necessário para ser bom, útil, adequado, eficiente etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 22)

Não há um questionamento teórico sobre o exercício do poder do Estado no controle social. As teorias funcionam como encaixes filosóficos que sustentam ou explicam o agir do sistema penal. O poder de punir cerceando a liberdade dos indivíduos não é questionado, apenas a sua legitimidade para o seu exercício.

Aliou-se ao processo de formação do Estado Moderno a codificação das normas jurídicas. A passagem entre a tradição para a padronização de comportamentos através de leis positivadas encontrou na codificação a forma de expressar as condutas proibidas. O processo de codificação simplifica situações complexas. No Direito Penal, reduz a complexidade da ocorrência de um crime a uma conduta do agente contrária à previsão legal. A ciência jurídica penal se torna uma atividade humana de conhecimento normativo voltado a conhecer os pressupostos, alcance e sentido na aplicação dos tipos penais.

O crescimento do poder tem uma de suas condições as codificações binárias e sua imensa (mas limitada) possibilidade combinatória. Aqui, é preciso acrescentar outras. Para explicá-las, faz mister à consideração uma série de problemas, cuja solução passa a fazer parte do código-poder. (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 48)

O conjunto de normas penais passa a ser o objeto do Direito Penal. A relação

binária é transportada para a análise das relações sociais que estão na esfera de atribuição do subsistema penal. A dogmática penal se confunde com o próprio conceito de ciência do Direito Penal. A racionalidade jurídica criminal assume o ordenamento jurídico como eixo central do saber e a pena como elemento definidor do âmbito jurídico penal. “Também a orientação pelas consequências, que para o Direito Penal clássico era, no máximo um critério complementar da legislação adequada, torna-se, no Direito Penal moderno, um fim predominante.” (HASSEMER, 2003, p. 58).

As condutas proibidas que atribuíam uma resposta cerceadora da liberdade são consideradas de Direito Penal, caso contrário, estariam fora desta atividade de conhecimento humano. O elemento caracterizador do paradigma jurídico penal é que, para cada infração penal se estabelece uma sanção. O pensamento é construído através de teorias científicas, sem se afastar da lógica delito-sanção, seja na análise de fundamentos políticos e sociais para a criminalização ou pressupostos de construção filosófica de teorias do delito ou da pena.

A metodologia da ciência funcionando como uma forte bitola de delimitação de áreas de conhecimento, em que somente se entendia como concebível aquela forma de saber capaz de isolar-se das contaminações estranhas e externas por meio de um purismo de um hemertismo científicos capazes de produzirem objetos delimitados circunscritos (BITTAR, 2009, p. 75).

A construção do Direito Penal moderno teve, como formato, a sistematização das leis através de critérios de atribuição conforme o positivismo jurídico. A ciência jurídico-penal não se afasta da análise de elementos de validação das normas jurídicas, característica do direito moderno.

Por um lado, não será arriscado acreditar que o problema (doutrinal) penal no século XIX se polarizou grandemente em torno da questão do objeto do crime e temas conexos como: sentido da lesão, sujeito passivo, direito subjetivo, interesse, estado objetivo, objeto da lesão. E, de resto, a esta questão e as controvérsias que ela provocou que deve, em primeira linha, imputar-se a pleora de construções doutrinárias que o século passado viria a conhecer (ANDRADE, 1991, p. 29).

Conforme ensina Manuel da Costa Andrade (1991), o enfoque dos estudos na área penal está nos elementos que compõe o crime e seus elementos conexos. Pode-se afirmar que a ciência jurídico-penal se confunde com própria dogmática penal. Os manuais produzidos pela doutrina são reflexos do paradigma punitivo. De

caráter instrumental apresentam a técnica legislativa de construção das normas penais, simplificando sua existência a única via que é a punição ou não punição do agente. Os autores reproduzem essa racionalidade com a busca de um tecnicismo voltados à prática do delito e a sua sanção.

Os manuais apresentam o conjunto normativo penal como uma divisão em normas que imputam pena e aquelas que de alguma afastam a possibilidade de aplicação. Essa lógica penal dificulta o afastamento do paradigma punitivo e a possibilidade de novas formas de pensar o Direito Penal.

Existem normas que, em vez de conterem proibições ou mandamentos os quais, se infringidos, levarão à punição do agente, possuem um conteúdo explicativo, ou mesmo têm a finalidade de excluir o crime ou isentar o réu de pena (GRECO, 2016, p. 67).

Observa-se que o autor, ao tratar de normas penais não incriminadoras, utiliza uma linguagem que denota a exceção às normas que proíbem ou determinam condutas atribuindo uma sanção. A construção do ordenamento jurídico penal tem, como centro, as normas proibitivas ou mandamentais e a doutrina acompanha a lógica crime-sanção.

O Direito possui, como objeto, as relações sociais potencialmente conflituosas, sejam elas de cooperação ou de competição. O ramo jurídico penal, por sua vez, possui uma esfera de condutas que estão previstas como delitos ou contravenções penais a partir de um critério formal ou material. No critério formal, há a previsão de uma norma penal que atribui uma pena para a realização da conduta não permitida. No aspecto material, há a valoração do bem jurídico que se busca proteger.

O primeiro destes elementos é o *convencionalismo penal*, tal como resulta do *princípio da legalidade estrita*, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter *formal* ou *legal* do critério de definição do desvio e o caráter *empírico* ou *fático* das hipóteses de desvio legalmente definidas. (FERRAJOLI, 2002, p. 30)

A estrutura da lei penal é a composição para que haja a proibição de comportamentos dentro da sociedade. Aquelas, que inserem as condutas em âmbito penal, são denominadas de normas penais incriminadoras. Estes dispositivos legais possuem duas partes. A primeira parte está prevista a descrição dos elementos que compõe o comportamento não desejável ou proibido. No dispositivo legal que abarca

o tipo penal, a conduta está expressa sem a ordem para não realizá-la. Esta parte da composição é denominada preceito primário ou comando principal.

A proibição está na atribuição de uma sanção abstrata para realização da conduta, seja comissiva ou omissiva, para os tipos mandamentais. Esta sanção é o preceito secundário que está expressa, a consequência da prática do delito. A lei em abstrato estabelece uma conduta proibida ou exigida e, caso ocorra a sua realização ou omissão, há uma resposta correlata.

A busca da subsunção jurídica, ou seja, uma correlação direta entre fato lei abstrata constitui um pensamento intrínseco no estabelecimento de tipos penais. Há uma linguagem binária para a conformação de responsabilidade penal, em outras palavras, acontecendo a adequação do fato à norma deve ser aplicada a sanção prevista. A objetividade está presente na lógica sistemática racionalidade do Direito Penal que estruturou os tipos penais como regras jurídicas.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2015, p. 91).

As normas penais se configuram através de determinações que se expressam pela subsunção entre o fato concreto, o tipo penal em abstrato e a previsão de uma sanção para a conduta. Observa-se a forma de pensar positivista, escola de pensamento que marca o Direito Penal moderno, não só na técnica legislativa de produção de mandamentos legais como também na busca do sentido e alcance destas regras.

A interpretação, que é fundamentalmente a compreensão da literalidade das palavras da lei, no entanto, adverte Kelsen não está ligada somente à aplicação do direito, mas também aos processos cognitivos da ciência do Direito (BITTAR, 2016, p. 436).

A relação direta entre crime e sanção está vinculada a forma de conceber o Direito Penal. As teorias que constroem o arcabouço filosófico do Estado Moderno em relação à aplicação de sanções estabelecem um dever ser para as consequências jurídicas penais. Isso retira do jurista a possibilidade de outras vias de solução de conflito em virtude de uma objetividade e tratamento isonômico aos indivíduos que cometeram crimes.

O poder de punir, na modernidade, se torna um poder-dever. A formalidade

presente dentro do sistema jurídico penal caracteriza o exercício do *jus puniendi*. A interpretação da lei penal estabelece uma subsunção em que se observam os elementos do crime para a aplicação da sanção. A imputação desta é imposta para o Estado e suportada por aquele que delinuiu.

A retribuição através de uma sanção é o fundamento que demonstra a inserção da ação no âmbito jurídico penal. A comunicação da proibição é através da simplificação da ação humana ao se agir ilicitamente será aplicada uma sanção. “Definição de ação: temos uma ação quando um comportamento seletivo é imputado ao sistema e não ao seu mundo circundante. A imputação refere-se à própria seleção” (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 42). A forma de estabelecer a relação jurídica penal entre o sujeito passivo do poder e o Estado é imputando-lhe uma resposta de forma abstrata que, por consequência, gera o atendimento à responsabilização através de sua aplicação.

O povo através de seus representantes eleitos estabelece leis penais com o intuito de prevenir condutas indesejadas, dentro da sociedade. A natureza condicional da norma jurídica é consagrada mediante o livre arbítrio nas escolhas humanas, ou seja, a relação de imputação ocorre quando o indivíduo, com capacidade de autodeterminação escolhe infringir a proibição imposta.

A imputação deve ser uma construção jurídica que possui elementos valorativos presentes na sociedade. No entanto, em âmbito penal, a linguagem estabelecida fomenta a ideia de uma relação de causa e consequência para o cometimento de um crime e a aplicação de uma pena, embora seja uma construção normativa através dos elementos do tipo. Os institutos jurídicos que afastam a imputação de uma pena somente podem ser determinados pelos operadores do direito quando previstos em lei, ou seja, a previsão de uma pena estabelece uma obrigatoriedade em sua aplicação.

No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflitivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir, mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente (PIRES, 2004, p. 44).

O pensador liberal encontrava nos magistrados na época da origem do

Estado Moderno um corpo técnico com formação ainda do regime absolutista. Havia a necessidade de limitar o poder do aplicador das leis. O pensamento positivista restringia o operador do direito a uma interpretação quase literal das normas jurídicas. A ampliação do papel dos magistrados como ferramenta de justiça configurou uma maior importância na interpretação normas, no entanto a subsunção da lei em abstrato com o caso concreto constitui a forma principal de atuação do conjunto jurídico.

A primeira condição equivale ao princípio da *reserva legal* em matéria penal e da conseqüente *submissão do juiz à lei*: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. (FERRAJOLI, 2002, p. 30)

As normas jurídicas têm como característica a generalidade que se expressa pela busca em abarcar o maior número de situações possíveis. Não há como o legislador prever todas as minúcias da complexidade das relações humanas. Não obstante, essa técnica de elaboração normativa, como a característica da abstratividade, absorve situações com elementos comuns em uma tipificação específica.

O Direito Penal é a expressão mais violenta de intervenção penal, protegendo bens jurídicos relevantes, mas também atingindo direitos fundamentais do indivíduo. Os direitos constitucionais de primeira geração constituem um rol de direitos e garantias fundamentais que delimitam a não intervenção estatal em âmbito privado. O conjunto normativo jurídico deve determinar comportamentos sociais a partir do interesse social e legitimar a intervenção estatal através de um critério valorativo e fragmentário para estabelecimento da resposta ao conflito. Roxin (1997, p. 65) defende a existência de um Estado mínimo que respeitasse as liberdades individuais, determinando comportamentos apenas quando fosse essencial.

O Direito Penal se constituiu em um conjunto de normas e garantias para a configuração do crime e a aplicação proporcional da pena com a finalidade de proteger bens jurídicos relevantes. Ontologicamente, o ilícito civil e penal não possuem diferenças. Em seu aspecto formal a lei estabelece o âmbito de competência penal. A necessidade de intervenção mínima do Estado impõe uma legitimação maior para aplicação de sanções penais, limitando a criação legislativa

para determinar condutas consideradas crimes.

O princípio da intervenção mínima é um valor jurídico que orienta também a criminalização de condutas. Somente é permitida a formação de um tipo penal a partir da observação de dois requisitos fundamentais, que outros instrumentos de controle social não possam afastar a potencialidade de conflitos nas relações e quando outras normas jurídicas, de outras áreas do Direito, não possam evitar as condutas que se quer proibir.

Esse princípio determina que normas jurídicas penais devem ser promulgadas por último, no processo de controle social. Observa-se que a seleção das condutas indesejadas que ensejam uma tipificação é um processo de natureza política. Uma soma de interesses presentes dentro da sociedade. O estabelecimento do poder de punir estatal tem contornos históricos e sociais que se inserem no âmbito penal em virtude da política criminal existente.

Estas normas culturais traduzem um processo valorativo que se molda em uma designação conjunta da totalidade dos mandatos e proibições que são dirigidos ao indivíduo, em sua condição de convencionais, morais, religiosos ou como exigências de negociação profissional.(CERVINI, 1995, p. 183)

Esses conjuntos de valores estão inseridos na produção de normas jurídicas. Em relação às normas jurídicas penais, a *ultima ratio* gera a ideia de necessidade da tipificação da conduta em virtude da impossibilidade de eficácia de outros meios de controle social ou ramos jurídicos. A consequência é a noção de que a sanção é necessária para a proteção dos bens jurídicos relevantes presentes na sociedade e dela o aplicador da resposta penal não pode se eximir de cumprir.

Nesse contexto é que a lei esculpida como uma camisa de força para o jurista, tornando-se o veículo da certeza e da segurança jurídica. Em substituição ao arbítrio, um Estado constitucional, em substituição aos princípios de direito natural, a regularidade da lei, em substituição à retórica argumentativa, procedimentos calculados de defesa e acusação no processo, no lugar da verdade real, a verdade formal, em substituição à investigação de provas, o quietismo da verdade dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), no lugar da negociação, a sentença etc. (BITTAR, 2009, p. 82)

Não obstante a limitação de atuação do operador do direito, principalmente pela falta de institutos legais que permitam outra forma de responsabilização, como por exemplo, a composição civil que está prevista somente em ritos previsto para

infrações de menor potencial ofensivo, gera a ideia de obrigatoriedade na aplicação da pena. A ideologia positivista presente denota a ausência de aplicação da pena como uma frustração da proteção penal, ou seja, o caráter retributivo da sanção é a regra dentro do sistema penal.

Esta noção fica refletida também no instituto do perdão judicial. A sua excepcionalidade é representada pela impossibilidade de aplicação sem previsão legal e somente quando a retribuição do mal foi acometida ao agente que infringiu a norma jurídica penal. Havendo a retribuição do mal, a proteção do bem jurídico foi alcançada.

O dogma punitivo está inserido no pensamento penal moderno. Uma vez inserida a conduta no rol de tipos penais, a realização da justiça está na aplicação da consequência prevista em lei. A aplicação da norma penal através da sanção é a suposta convicção de que a justiça foi feita.

O Direito Penal passou a ser a última razão do ordenamento jurídico protegendo bens de forma fragmentada, mas com respostas baseadas apenas na pena e na medida de segurança. Com efeito, na modernidade, ocorreram diversas teorias centradas na discussão de penalizar ou descriminalizar, legitimando ou deslegitimando o Direito Penal, ou seja, a pena é o recurso caracterizador do âmbito jurídico penal.

Observa-se que o reflexo das garantias penais tinha como parâmetro a pena como solução para a pacificação social. Este conjunto de garantias buscava proteger o agente de arbitrariedades e desproporcionalidades da sanção penal, mas sem abandonar a relação crime-pena. A natureza condicional da norma jurídica penal faz com que a sua eficiência somente aconteça quando ela é infringida, ou seja, a relação jurídica entre indivíduo é com o Estado quando ocorre um delito. O poder-dever atribuído às relações cogentes constitui a obrigatoriedade, como regra, na persecução penal.

Não há autonomia da vontade da vítima, como regra, sobre a resolução de conflito em matéria penal. Limita-se a informar a ocorrência do crime com natureza quase de testemunha do fato delituoso. Embora haja alguns bens jurídicos que o sistema permite a participação da vítima de forma mais efetiva, o grau de ingerência da vítima no processo penal moderno é a anuência da persecução penal, seja em iniciar a ação penal privada, a mera continuidade ou como assistente de acusação.

O paradigma punitivo moderno mantém o pensamento do início da formação

do Estado. Beccaria (1764) já apontava que a conduta delituosa seria uma afronta a vontade do soberano, ou seja, a norma jurídica era um mandamento aos súditos e por isso o seu não cumprimento era considerado um comportamento contrário ao Rei. No decorrer dos regimes democráticos, essa forma de pensar apenas transfere o agente legitimado para produzir comandos legais. O crime não mais é um comportamento contrário ao soberano, mas a toda a sociedade. “O dano social e a defesa social constituem, assim, neste sistema, os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena” (BARATTA, 2002, p. 34). O eixo do sistema jurídico penal não é o interesse da vítima concreta, mas a proteção, em abstrato, da vida social.

Os interesses protegidos da sociedade, pelo sistema jurídico penal, passam a ser a legitimidade do próprio *ius puniendi*. A tutela penal não pode ser afastada por critérios individuais. O pensamento moderno coloca o interesse público acima de questões pessoais, padronizando comportamentos a partir de critérios objetivos. O conflito penal é uma matéria de relação pública, colocando a vítima em plano secundário.

O progressivo processo de alienação da vítima no drama penal encontra-se de conseguinte fortemente conexado à gradativa expropriação do conflito pelo Estado, que encontrou sua mais acabada fórmula na construção doutrinária do dano social (CÂMARA, 2008, p. 46).

A proteção da sociedade fixa a relação jurídica a partir do cometimento do fato entre o Estado e o delinquente. A democratização dos Estados absolutistas ocorrida traz de forma progressiva o respeito a direitos individuais do agente ativo do crime. No entanto, permanece a ideia de proteção de bens jurídicos relevantes através do estabelecimento da sanção, embora mais humanizada pelo processo evolutivo. Essa proteção da sociedade é indisponível, não podendo ser afastada a tutela penal mesmo que haja interesse da vítima nas ações penais públicas que constitui a grande maioria de espécie de ação penal para os diversos tipos penais, ou seja, a pena vira sinônimo de interesse da sociedade, e, aos operadores do direito, a obrigatoriedade de sua aplicação.

A sociedade não temia mais o Estado com fim do absolutismo, mas sim o criminoso. A criminalidade deixou de ser um aspecto da natureza humana e passou a ser objeto do conjunto normativo jurídico. A necessidade de formação de uma

ordem social pacífica tornou o fenômeno jurídico penal um monopólio de ação do Estado. O particular não é mais produtor de soluções para o conflito. O *ius puniendi* é legitimado pela necessidade de pacificar, através do combate ao crime. O período moderno estabeleceu o afastamento da vítima do contexto penal.

Em resumo, a “dialética da modernidade” leva que o Direito Penal se desenvolva como um instrumento de solução de conflitos sociais, o qual, de acordo com essa percepção pública, não se distingue mais, por um lado, pela sua utilidade e, por outro lado, pela sua gravidade dos outros instrumentos de solução de conflito. (HASSEMER, 2003, p. 59).

O crime passa a ser observado como um fato jurídico contrário à previsão legal e a pena era o mecanismo do Estado capaz de estabelecer a harmonia social. A criminalidade é o centro do estudo penal. O crime evolui do aspecto formal, a previsão de comportamento proibido, passando pelo aspecto material, como afronta ao rol de bens jurídicos relevantes até o conceito analítico do crime, base dos sistemas jurídicos penais.

As Escolas Penais e posteriormente o pensamento coletivo penal abordaram o crime, buscando explicar os elementos que o constituía, sua origem e a função da pena. A modernidade em todo seu período delimitou o crime como um comportamento humano unilateral, seja por livre arbítrio contrário a moral, ao sistema jurídico, originado por aspectos genéticos ou sociais. O Direito Penal moderno conseguiu afastar a responsabilidade objetiva do crime, mas o encarou como uma conduta voluntária isolada produtora de mudança exterior ou com uma finalidade de produzir um resultado.

4.5 A EVOLUÇÃO PROGRESSIVA DA CIÊNCIA NORMAL

O Estado Absolutista foi o período de transição entre a multidiversidade de microssistemas penais para a formação de um paradigma punitivo. Nesse processo de construção da racionalidade moderna, ocorreu o abandono de diversas formas de pensar a punição que existia nos corpos sociais que compunha o Direito Pré-Moderno para a sedimentação do monopólio punitivo do Estado e a lógica crime-sanção.

A partir dos ideais Iluministas e o respeito a inserção da justificativa da

intervenção estatal em direitos individuais, o paradigma punitivo fica sedimentado e a evolução do pensamento penal moderno é formulado sem se afastar dos elementos presentes neste entendimento coletivo sobre o Direito Penal. “A formulação filosófica dos pensadores no que tange à disciplina penal encontrará, inexoravelmente, guarida na concepção liberal do Estado moderno” (CARVALHO, 2001, p. 43). Essa evolução progressiva é construída mediante correntes de pensamento estruturadas apresentadas nos manuais sobre o tema com a denominação de Escolas Penais.

Um conjunto teórico é construído a partir do paradigma penal formado que influencia a forma de pensar o crime e a pena. O Estado Moderno passa, então, por um período que Thomas Kuhn (2013) denomina ciência normal. O conhecimento construído, a partir da formação do paradigma penal no início da modernidade, não se afasta desta forma de pensar o Direito Penal. A Ciência Normal é o período que possui como natureza o caráter coletivo da ciência. A atividade científica não se constituiu através de representação individual, mas sim de uma socialização da construção do conhecimento.

A prática científica demanda um consenso sobre o objeto de pesquisa ou método a ser aplicado. A busca pela verdade necessita de padronização de quais critérios define o que é errado ou certo, o que é um problema ou resultado da ciência. Não há o heroísmo científico em que, apenas um homem dotado de poderes acima da média comum que atua fazendo descobertas sem que haja uma coletividade sobre o que deve ser ou não considerado para o conhecimento científico.

O conceito de ciência normal alcança o caráter coletivo do sistema de produção de conhecimento, ou seja, uma homogeneização dos elementos que compõe a ciência, desde o que seria problema à informação que é tida como verdadeira.

Durante os períodos da ciência normal, os problemas admitidos como científicos são resolvidos em conformidade com os padrões encontrados no paradigma que pode ser parcialmente traduzido em regras que guiam a atividade científica (DUTRA, 2017, p. 75).

Este período da vigência do paradigma formado tem como característica ser cumulativo na produção do conhecimento científico, pois os problemas são solucionados sem se distanciar do paradigma. Thomas Kuhn (2013) utiliza a

metáfora de um quebra-cabeça para explicar esse período de continuidade na atividade científica.

A ciência tem seus pressupostos teóricos e metodológicos bem definidos ao ponto de que o que se produz em termos científicos nada mais é do que um aprofundamento sem grandes novidades, ou seja, novas descobertas são como peças que surgem se encaixando perfeitamente na fundamentação construída através do paradigma.

A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma (KUHN, 2013, p. 44-45).

Infere-se que neste período há um olhar sobre o mundo construído que possibilita uma ampliação do conhecimento, no entanto, também, uma barreira para novas teorias. A investigação científica que não se amolda ao paradigma é ignorada ou, até mesmo, rechaçada pela comunidade de cientistas. Este fato não necessariamente ocorre de forma explícita, mas pelo próprio espírito científico amoldado.

Os cientistas trabalham a partir de modelos adquiridos através da educação ou da literatura a que são expostos subsequentemente, muitas vezes sem conhecer ou precisar conhecer mais quais características que proporcionam o status do paradigma comunitário a esses modelos. Por atuarem assim, os cientistas não necessitam de um conjunto completo de regras. A coerência da tradição de pesquisa da qual participam não precisa nem mesmo implicar a existência de um corpo subjacente de regras e pressupostos, que poderia ser revelado por investigação histórica ou filosófica adicionais. (KUHN, 2013, p. 70-71)

Observa-se que o período da ciência normal possibilita que haja uma noção mais evidente de progresso, pois a comunidade científica atua encaixando suas descobertas no paradigma vigente. No entanto, neste período não ocorre grandes novidades, o ator científico não se distancia da concepção modelar de mundo para que sua atividade não seja negada pelo próprio conjunto de atores.

Segundo Kuhn, essas pesquisas – que se constituem em iniciativas para complementar e aperfeiçoar as conquistas do paradigma aceito

são a realização das *promessas* de sucesso que o paradigma contém. Um paradigma é, em primeiro lugar, a solução exemplar de um problema visto como particularmente relevante para os pesquisadores que se dedicam às investigações de determinada área científica. (DUTRA, 2017, p. 73)

A história da ciência demonstra que, em determinados espaços de tempo, ocorre uma gravitação de pensamentos, teorias e entendimentos. Emerge-se uma nova concepção científica com características próprias e unidade. Este novo conjunto de agir científico reúne conhecimentos anteriores separando aqueles que não coadunam com o novo modelo e estabelecendo os que irão surgir.

No que tange ao Direito Penal, qualquer investigação que não encaixava no paradigma punitivo era considerada de outro âmbito de conhecimento jurídico. O diverso era tomado como algo que afrontava a lei universal estabelecida e por isso mesmo deveria ser confrontada a partir do entendimento sobre a natureza dos elementos jurídicos penais.

Paradigmas são modos específicos de construir a realidade, e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma retributivo da justiça é uma forma específica de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma de definirmos problemas e o nosso reconhecimento do que sejam soluções apropriadas. (ZEHR, 2008, p. 83)

O atendimento ao modelo paradigmático confere ao cientista a inserção na comunidade acadêmica, bem como à teoria a sua credibilidade, legitima os questionamentos e valida os métodos empregados. Acontece uma padronização comportamental que impulsiona toda a prática científica, mas pode ocorrer, por outro lado, o seu engessamento.

O comprometimento determinado pelo paradigma se forma de maneira natural, sem regras pré-estabelecidas ou, até mesmo, conscientemente. “As regras explícitas, quando existem, em geral são comuns a um grupo científico bastante amplo – algo que não precisa ocorrer com os paradigmas” (KUHN, 2013, p. 103). O círculo que separa as fronteiras do paradigma não é unívoco, mas afeta o campo científico tornando mais difícil o processo de desenvolvimento de conhecimento à novos elementos de descoberta, limitando a renovação.

Relevante a abordagem dos principais pensadores que influenciaram a formação do Direito Penal da Era Moderna. Essa corrente de pensamento tinha como enfoque o crime, abordando seus elementos compositivos, suas origens e

tratamentos dado pelo sistema penal; bem como a pena através de teorias que justificassem a intervenção do Estado em direitos individuais. Cada Escola detinha características próprias e muitas vezes buscavam criticar a antecessora, mas a forma de pensar era construída em cima do alicerce punitivo.

Isso revela mais uma vez como o pensamento moderno em sua gênese não constitui um todo orgânico, um pensamento uniforme e homogêneo, sendo resultado de diferentes contribuições, muitas vezes contraditórias, de pensadores em diversos campos do saber. Forma-se um mosaico que, visto a distância pelo olhar retrospectivo da história da filosofia, apresenta uma imagem que possui maior unidade do que se examinado de perto quando o encaixe das peças não é tão nítido (MARCONDES, 2001, p. 154).

A doutrina apresenta o início do pensamento jurídico penal através da Escola Clássica. Uma corrente filosófica sobre o delito e a aplicação da sanção pelo Estado. Esta Escola constitui uma das mais heterogêneas em virtude da própria formação do paradigma punitivo que ainda se configurava em um processo de prevalência do monopólio da violência pelo Estado.

O precursor foi o autor do livro “Dos Delitos e da Penas” (1764). Marquês de Beccaria criticava a forma de punir do período absolutista com diversos privilégios para determinadas castas da sociedade. Abordou o sistema punitivo vigente contestando a pena em virtude da condição social do indivíduo. De base filosófica iluminista, diferencia a utilização do direito de punir de forma tirânica ou de forma legítima. Defende a igualdade entre os homens perante a lei e a proporcionalidade da pena.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo (BECCARIA, 1764, p. 28).

Nesta obra, observa-se a busca pela igualdade dos homens através defesa do princípio da legalidade. Embora não houvesse as denominações dos institutos jurídicos atuais, o autor defende o processo de subsunção entre o fato concreto e a lei em abstrato, ressaltando inclusive a impossibilidade de interpretação da lei penal. Em virtude de a época ter um corpo jurídico remanescente do período medieval; para o Marquês de Beccaria, o juiz teria a função de verificar se o acusado cometeu ou não o fato lhe atribuído, aplicando a sanção prevista.

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constringido a fazer raciocínio a mais ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro (BECCARIA, 1764, p. 32).

Sua contribuição sobre a teoria da pena é a proporcionalidade e intranscendência. Defendia que deveria haver uma correlação entre a conduta delituosa e a pena, inclusive abolindo a pena de morte. Não obstante, inseriu o instituto jurídico da personalidade da pena que não existia na época, uma prática hoje impossível de ser vislumbrada, atualmente, os efeitos repercutem nos familiares do apenado.

Francesco Carrara inicia a moderna ciência do Direito Penal com a formação da dogmática penal. O filósofo italiano constrói a perspectiva jurídica da teoria do delito. A concepção racionalista está presente em seus ensinamentos separando a teoria e o fato. Contempla o embrião de um Direito Penal positivo. Não havia a separação entre aspectos morais e jurídicos em relação a observação dos elementos que compunham o crime. O delito, como ente jurídico, estabelece que a natureza da conduta delituosa é uma infração contrária a norma jurídica. Este mandamento advém da autoridade superior da lei criada por representantes da própria sociedade.

O edifício teórico construído por Carrara com esta pretensão filosófica de apreender uma verdade superior e independente da contingente autoridade da lei positiva, foi o primeiro grande edifício científico do Direito Penal na Itália, no qual toda a teoria do delito deriva de uma consideração jurídica rigorosa do mesmo, entendido não como mero fato danoso para a sociedade, mas como fato juridicamente qualificado, ou seja, como violação do direito (BARATTA, 2002, p. 37).

A defesa da sociedade é a principal função da sanção. O caráter retributivo é secundário em relação à aplicação da sanção penal. Observa-se a lógica de tutela da sociedade através da imputação de um castigo que possui legitimidade a partir da liberdade de escolha do indivíduo em cometer ou não o crime. O elemento subjetivo do crime está separado de aspectos objetivos da dogmática penal. A culpa moral do indivíduo fundamenta a sua responsabilidade.

O pensador alemão Feuerbach, por sua vez, estabelece a teoria da coação psicológica da pena. O fundamento da sanção penal é a possibilidade de prevenir

crimes. A resposta penal é a demonstração de que a norma jurídica tem a possibilidade real de produzir efeitos, ou seja, a ameaça de sofrer a retribuição do mal causado pelo crime é algo concretizável.

A prática delituosa possui tem o fator psicológico de incentivo sendo necessária a intimidação para que os indivíduos não cometam crimes. A pena se torna legítima pela sua função de contra impulso a novos delitos. (FERRAJOLI, 2002, p. 224) Esta teoria não se preocupa com aspectos morais do infrator tornando o pensamento jurídico penal mais prático, pois a pena teria uma finalidade de inibir novos delitos.

Ainda com uma forte influência da ideia de contrato social originadas no período do Iluminismo, os autores Immanuel Kant e Friedrich Hegel entendem que a legitimidade para intervenção do Estado através do Direito Penal seria pelo cometimento do crime independente de aspectos finalísticos da pena. As teorias construídas por esses filósofos alemães são conhecidas como teoria absolutas ao defender a implicação da pena sem razões utilitárias.

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 202)

Observa-se a ideia de contrato social pela natureza coletiva que Kant constrói a ética. Para este pensador, um comportamento ético é aquele que está em conformidade com o que todos entendem como correto. A concepção racionalista de Kant defende que o homem tem uma ação de acordo com seu querer e escolhe coadunar com a lei máxima universal ou não.

A sanção penal por si só atende ao conceito verdadeiro de justiça, pois a norma jurídica penal é um imperativo categórico, uma ordem sem outras utilidades que deve ser atendida. A pena é a consequência do desrespeito por vontade própria de não querer se comportar de acordo com a moralidade coletiva.

Na realidade, como melhor veremos, as duas teses são apenas parentemente distintas, pelo menos no que tange a Hegel, vez que, concebendo o Estado enquanto "espírito ético" ou "substância ética", ou, ainda, simplesmente *ethos*, também a ideia de retribuição "jurídica" baseia-se em última análise, a bem da verdade, no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado, para não dizer no

imperativo penal individualmente considerado. (FERRAJOLI, 2002, p. 205)

Apesar da concepção absolutista sobre a punição, Hegel se diferencia pelo método dialético sobre a natureza do crime e da pena. Para o crime entende que a ação externa do indivíduo é qualificada pelo sistema jurídico. O Direito define quais condutas são consideradas como delitos e a sua transgressão é uma violência contra o próprio direito.

A teoria hegeliana defende que o crime é a contraposição da vontade individual em relação à vontade universal, ou seja, o indivíduo pratica uma violência contra o direito construído pela sociedade. No brocardo conhecido deste filósofo alemão, “a pena é a negação da negação do Direito”.

Infere-se que o pensamento hegeliano configura sua base de fundamento do direito de punir no talião, exigindo a retribuição como forma de reafirmação do direito atingido pelo crime. Desta forma, afasta qualquer outra finalidade da sanção penal, inclusive sendo crítico à teoria da coação psicológica, pois entende que o indivíduo deve ser tratado de forma racional e não como um animal que necessita ser ameaçado.

O século XIX foi marcado pela corrente de pensamento do positivismo científico. Diversos avanços em outras áreas de conhecimento humano influenciaram, de forma predominante o método científico no campo da filosofia e Direito. A certeza científica das ciências naturais é transportada para o universo jurídico com a promessa de solução de todos problemas na harmonização da vida em sociedade. O conhecimento válido era aquele possível de ser verificado pelo método empírico (BITTAR, 2009, p. 67). Desta forma, os elementos metafísicos da Escola Clássica são afastados em busca de uma análise voltada à realidade fática.

A Escola Positiva adota métodos científicos de áreas das ciências naturais, principalmente, de área de conhecimento como a biologia, para analisar o crime e a sanção. Essa corrente de pensamento aborda a criminalidade, a partir de elementos empíricos como fatores de origem e elementos que possam quantificar a periculosidade dos criminosos. O estudo se volta para o indivíduo, afastando-se de conceitos jurídicos do delito sem negá-los para uma especificidade mais social.

A concepção determinista presente nas ciências naturais é inserida no sistema penal na busca por uma eficiência na criminalidade. O enfoque é voltado à aplicação de mecanismos científicos que possam extrair uma lei natural da prática

de delitos. Mais do que a qualificação jurídica dos comportamentos humanos, a Escola Positiva se debruça sobre a tipologia dos criminosos. “O delito é também para a Escola Positiva, um ente jurídico, mas o direito que qualifica este fato humano não deve isolar a ação do indivíduo da totalidade natural e social” (BARATTA, 2002, p. 38).

No que se refere à sanção penal, a legitimidade do direito do punir do Estado se torna uma consequência ao cometimento de um crime. Para os autores dessa corrente, a defesa da social é o fundamento da pena em virtude da periculosidade do agente. Os estudos antropológicos determinam o grau de perigo da personalidade do réu e a medida natural da consequência jurídica penal tem a possibilidade de aplicação para proteger a sociedade do comportamento anormal.

A idéia central desta tendência é a de que o delinqüente é um ser antropológicamente inferior, mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa. (FERRAJOLI, 2002, p. 213)

A ideia de criminoso nato, a partir de anomalias antropológicas de Cesare Lombroso, a sistematização jurídica de concepções deterministas concatenando a periculosidade à responsabilidade de Rafael Garofalo e noção de responsabilidade de defesa social de Enrico Ferri são as características da Escola positiva. A pena possui a natureza preventiva e sua imputação é uma resposta natural ao fenômeno criminológico.

A ideologia da defesa social está presente na Escola Clássica e é absorvida pelas correntes de pensamento posteriores. Adaptam-se elementos metafísicos, dogmáticos ou fáticos de acordo com a particularidade de cada Escola. Embora o progresso tenha instituído alguns institutos jurídicos, como a medida de segurança de cunho não punitivo. A resposta necessária para que haja tutela jurídica penal é afastar o indivíduo do convívio com a sociedade.

O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo Direito Penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles (BARATTA, 2002, p. 43).

As Escolas Ecléticas ou Mistas não se afastam dos elementos que compõem o paradigma punitivo. A característica principal é buscar unir a forma de pensar o

conceito do crime e a legitimidade da aplicação da pena das duas correntes penais anteriores.

No âmbito da responsabilidade, a sua configuração está na capacidade de autodeterminação do indivíduo, ou seja, a força de resistir ao determinismo psicológico que motiva a prática do delito. A Terza Scuola aborda o crime sobre o contexto social, o homem em virtude do meio que vive, é compelido a praticar crimes e a pena seria aplicada, apenas, aos que possuem capacidade de resistir, para os outros seria aplicada uma medida de segurança pela sua incapacidade.

No campo da dogmática penal, a Escola Técnico Jurídica se debruça sobre a teoria do delito para estabelecer qual a natureza do crime. O delito é uma afronta ao mandamento inerente às normas jurídicas penais e não à lei penal em abstrato. “Sob este aspecto a pena tem a mesma função preventiva de qualquer efeito normativamente disposto como consequência de um ato jurídico” (FERRAJOLI, 2002, p. 224). Estabelece para o crime uma relação puramente jurídica entre a conduta e o imperativo contido na norma.

No que tange à sanção penal, concebe-se através da Escola Moderna Alemã a função preventiva especial da pena. O Direito Penal deve ter uma finalidade, bem como os institutos que o compõe. Ocorre uma orientação pragmática para intimidação do réu com aspectos multifuncionais adaptáveis à ressocialização e neutralização. (FERRAJOLI, 2002, p. 215)

A finalidade preventiva da pena se manteve presente em diversas teorias que surgiram, após a tentativa de conciliação entre elementos das Escolas clássicas e positivas. Evoluiu-se da legitimidade da pena como realização da justiça através da retribuição moral sem caráter utilitário de um ato contrário ao imperativo moral incondicional defendido por Kant até as teorias relativas preventivas que entendiam que a pena tinha a função de prevenir, seja de forma geral negativa defendida por Feuerbach, a prevenção especial para que o criminoso não cometesse novos delitos segundo Von Liszt ou prevenção positiva na defesa do próprio sistema jurídico conforme Jakobs (1998).

A teoria da pena, construída na modernidade, buscou legitimar a violência do Estado sobre a liberdade do indivíduo. A discussão se voltou, principalmente, para a finalidade da pena que, de forma paradigmática, era a resposta para o injusto penal. A noção de castigo estava intrínseca ao exercício do Poder do Estado, e as concepções teóricas se dirigiam a sintetizar uma finalidade.

A discussão a respeito dos fins e dos fundamentos da pena, como se sabe, encontra-se marcada, no plano das ciências jurídico-penais, por uma longa tradição. Todavia, em que pese sua duradoura transmissão através de gerações, é bem de observar, o debate permanece vivo e atual, como que distinguido pela nota de perenidade, algo que decerto fica a dever-se ao fato de que a perdurante indagação acerca do sentido da pena co-envolve o problema da legitimação do *ius puniendi* (CÂMARA, 2008, p. 172).

A teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs (1998) é formulada de maneira muito próxima ao pensamento de Hegel, por sistematizar a pena, pela necessidade de estabilidade da norma jurídica. A função do Direito Penal, em conformidade com seu aspecto sancionador de direitos extrapenais, seria a manutenção da harmonia social pela confiança da sociedade na regência de comportamentos pelo sistema jurídico.

A prevenção geral se configura por ser destinada a toda a sociedade. A regulação de comportamento necessária se torna mais harmônica, pois a certeza da produção dos efeitos da norma jurídica penal potencializa o agir em conformidade com o ordenamento jurídico de forma autônoma. Para Jakobs (1998, p. 14),

Todas as teorias desde Feuerbach tomam como ponto de referência a intimidação geral tem se dedicado em inúmeros esforços laboriosos para superar a armadilha dessa incompatibilidade entre a intensidade da motivação e a relevância da perturbação².

Infere-se que diferente da coação psicológica presente na teoria da prevenção geral negativa proposta por Feuerbach, para este pensamento a pena teria a função de intimidar os indivíduos que compõe a sociedade para não cometerem crimes. No aspecto positivo da prevenção, há outro aspecto, ou seja, a manutenção da confiabilidade no Direito Penal. Jakobs (1998, p. 15) continua ensinando que “a penalidade pública existe para caracterizar o crime como crime, o que significa o seguinte: como confirmação da configuração normativa concreta da sociedade”³.

A Teoria Dialética Unificadora de Claus Roxin defende a subsidiariedade do Direito Penal no controle social. No campo dogmático penal, insere o aspecto

² Todas las teorías que desde Feuerbach toman como punto de referencia la intimidación general han dedicado en vano laboriosos esfuerzos a superar el escollo de esta incompatibilidad entre la intensidad de La motivación y la relevancia de la perturbación.

³ la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad

material na subsunção da tipicidade da conduta com o princípio da insignificância ou bagatela. Desta forma, caso o objeto material seja irrisório, não estará este fato configurado como típico, ou seja, não terá qualidade para o âmbito penal.

O formalismo, próprio da ciência jurídica moderna, estabeleceu uma evolução da teoria do delito a partir de uma concepção puramente objetiva. A teoria causalista de Liszt concebeu a prática do crime mediante um fator externo meramente causal, ou seja, ocorria a ação típica mediante uma mudança do comportamento mecânico do agente criando um resultado previamente proibido. A teoria finalista de Hans Welzel, antecedente ao funcionalismo, estabeleceu que a ação é um comportamento com uma finalidade, ou seja, a busca de um resultado. Observa-se que as teorias buscavam conceituar o comportamento humano de âmbito penal por uma perspectiva realista.

A teoria funcionalista unificadora de Roxin torna a ciência penal mais pragmática concatenando com aspectos de políticas públicas criminais. A prevenção, seja positiva ou negativa, dos crimes continua sendo a finalidade do Direito Penal, no entanto, também compõe, como fim, a prevenção especial. Infere-se a aproximação maior com políticas de proteção aos bens jurídicos mediante medidas que possam tornar eficaz a aplicação da pena. Em cada fase, seja a cominação, aplicação ou execução, a legitimidade da pena será adquirida pelo tipo de prevenção que a fundamenta.

4.6 A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO

A ciência possui um período em que produz respostas a partir do paradigma vigente. Os livros e manuais acadêmicos não se afastam dos contornos aceitos pela comunidade científica. “A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente nem são vistos” (KUHN, 2013, p. 89)

Apesar deste controle implícito do paradigma, algumas descobertas não se encaixam, de forma natural, aos parâmetros estabelecidos. Este fato não é visto como um problema para a ciência normal. A continuidade teórica depende da adequações de situações às atividades científicas, pois isto mantém a promessa de sucesso da forma sedimentada de produzir conhecimento.

Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuarem de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais por meio da utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que a exigem (KUHN, 2013, p. 158)

No entanto, algumas situações além de não se subsumirem ao quebra-cabeça paradigmático, começam a desacreditar o paradigma atual. As críticas surgem pelas soluções que o atual momento científico promete. Há uma resistência, no primeiro momento, em aceitar que o problema ou a descoberta não se encaixa no paradigma vigente. Quando isto ocorre, o descrédito do cientista ou problema é tido como meta científico ou pertencente à outra disciplina (KUHN, 2013)

A partir desse momento, há uma tensão entre realidade e pressupostos teóricos gerando uma insatisfação coletiva. Este sentimento gera o que Thomas Kuhn (2013) denomina de período de emergência da atividade científica com possíveis consequências na comunidade científica. A crise é esta etapa pré-revolução científica que permite o surgimento de concorrentes a novo paradigma, ou seja, um momento anterior ao período de ciência normal.

A concepção de defesa social transformou a criminalização de comportamentos como mecanismo de proteção de bens jurídicos. A racionalidade penal estabeleceu a pena como solução para os conflitos existentes dentro da sociedade. O sistema jurídico penal construiu um modelo procedimental para que o Estado-juiz aplicasse a consequência jurídica a partir da verificação de cometimento de delitos.

O processo penal comporta um conjunto de procedimentos que possibilitam a busca de uma representação dos acontecimentos que podem ser enquadrados como fato proibido com respeito a direitos individuais do acusado. O sistema jurídico penal configurou a persecução criminal de forma que o iminente castigo tenha uma condenação legítima caso seja o réu considerado culpado pela prática do crime. O Estado-juiz, terceiro imparcial, não tem a função de buscar uma solução para o conflito, mas, apenas, realizar uma conformação entre o fato e a previsão legal para a provável aplicação da pena.

Uma vez estabelecido que o termo "verdadeiro" pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de "correspondência", é na

realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos "verdadeiro" e "falso" para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles (FERRAJOLI, 2006, p. 41).

No que tange à ciência jurídica penal, o paradigma punitivo configurou a busca por conhecimento em uma conformação do sistema jurídico vigente. O desenvolvimento científico estabeleceu uma lei natural de conformidade entre o comportamento proibido e a necessidade de aplicação da pena, ou seja, os estudos evoluíram mediante o aprofundamento dos elementos que compunham o delito, seja a partir de uma perspectiva social, psicológica ou jurídica; bem como a função do direito de punir do Estado, seja a presença ou não de instrumentalidade.

A teoria da pena culminou com a prevenção, como parâmetro de legitimidade da sanção penal. A promessa realizada pela ciência jurídica penal moderna era que o Direito Penal fosse capaz de evitar comportamentos indesejados, ou seja, tutelar preventivamente os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. No entanto, a realidade não coaduna com a funcionalidade proposta pelo o sistema jurídico tradicional.

O pensamento tradicional de persecução criminal tem gerado um alto índice de encarceramento no Brasil. O relatório fornecido pelo Ministério da Justiça demonstrou que a população carcerária brasileira corresponde a 622.202 presos, com taxa de ocupação de 167%. Ressalta-se um dado nesse levantamento, quase 250 mil desses indivíduos são presos provisórios, ou seja, aguardam ainda uma decisão final processual. (MOURA; RIBEIRO, 2015).

Observa-se ainda forte o caráter retributivo no sistema jurídico penal. Não há a busca por uma solução para o conflito gerado pelo crime, mas a substituição da vítima pelo Estado no direito de punir. A ciência jurídica, mediante o paradigma da modernidade, constrói teorias jurídicas para uma conformação de legitimidade com o dogma da intervenção penal.

Não obstante, ele mantém a disposição primitiva de inimizade das vítimas (e de toda a sociedade) contra o ofensor. O processo penal não eliminaria essa relação adversarial, mas a ritualizaria. Ele conservaria o "castigo", a inflição de dor ao ofensor e despreza as vítimas para que o Estado ocupe seu lugar (TIVERON, 2014, p. 59).

Em virtude da ausência de resultados preventivos da sanção penal que se expressa, principalmente, mediante intervenção violenta do Estado em direitos

fundamentais, diversos autores começaram a questionar a funcionalidade da pena e o próprio paradigma punitivo. Essas teorias são apresentadas nos manuais científicos como teorias deslegitimadoras do Direito Penal.

A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli realiza uma análise crítica do sistema jurídico penal, desde a criminalização de condutas até a ideia de ressocialização na execução penal. Contrário a pena de privativa de liberdade, o autor italiano da obra *Direito e Razão* confronta o controle social exercido pelo Estado através do *ius puniendi* com questionamento principalmente do porquê se deve punir.

A intervenção do Estado deve estar pautada em dois planos. O primeiro plano é a legalidade, aspecto formal que impõe não somente a criação de leis, mas que a criminalização esteja em conformidade com as previsões constitucionais vigentes. Por outro lado, o plano substancial, para ser considerado garantista, deve concretizar a maximização de direitos individuais.

Também é claro que sua defesa reflete uma opção política a favor de um modelo de Direito Penal idôneo para limitar o arbítrio punitivo e para tutelar ao máximo a liberdade dos cidadãos. Todavia, o que se exige no plano epistemológico e político é precisamente o que o modelo penal garantista, acolhido nas Constituições modernas, exige normativamente no plano jurídico: que a legitimidade das decisões penais se condicione à verdade empírica de suas motivações (FERRAJOLI, 2006, p. 56).

Infere-se do pensamento do autor italiano que a legitimidade do direito de punir só estará presente através de observância de critérios materiais. Na produção de tipos penais, o processo legiferante deve levar em conta não somente os aspectos formais, mas principalmente o seu conteúdo necessita estar de acordo com maximização dos direitos individuais e sociais da sociedade.

O autor não busca negar o Direito Penal nem a sanção, no entanto defende a minimização da sua utilização com gradual abandono das penas privativas de liberdade. No que tange à prevenção de delitos, há uma crítica a concepção utilitarista, quando estabelece a função de novos delitos praticados pelo réu. A prevenção negativa está pautada para evitar vingança contra aqueles que praticaram delitos, ou seja, a pena tem a função de reduzir a busca de justiça particular. Assim, a execução penal deve evitar ferir a dignidade dos apenados e possibilitar uma resposta justa à sociedade.

O Minimalismo radical é uma proposta doutrinária que questiona a

legitimidade do Estado no exercício do poder punitivo, sendo contrária a intervenção penal na vida dos indivíduos. Eugenio Raúl Zaffaroni (1998), jurista argentino, aborda o tema de forma pragmática e é considerado um dos maiores expoentes no assunto. Em sua obra "Em busca das penas perdidas", realiza diversas críticas, de cunho criminológico ao sistema penal, principalmente ao discurso jurídico punitivo.

Há uma crise entre as instituições em seu exercício de controle social mediante persecução criminal e a realidade. A intervenção punitiva do Estado não contempla a função que legitima concentração de poder e cerceamento da liberdade. As teorias legitimadoras da pena tentam manter o paradigma punitivo mesmo admitindo os problemas existentes, no entanto, esta situação não se sustenta.

Como em qualquer emergência, à medida que a situação se torna insustentável, a evasão começa a operar através de mecanismos de negação que, no nosso caso, parecem reter a antiga segurança da resposta, embora os "problemas" sejam reconhecidos e muitas vezes sejam deixados de lado por meio de uma delimitação arbitrária discursiva que evita enfrentar a crise (ZAFFARONI, 1998, p. 16)⁴.

Na mesma obra, apresenta a existência da contradição entre discurso jurídico penal e os efeitos que o sistema jurídico penal produz. A partir da análise das instituições de repressão à criminalidade dos países da América Central, pode-se observar que as sanções penais são aplicações perdidas, pois carecem de uma racionalidade a sua função e o resultado.

A previsão de direitos individuais no processo de persecução criminal só demonstra uma aparência de progresso em âmbito penal. Um discurso, que para o autor argentino se apresenta como falso, pois o fundamento da intervenção penal não pode ser somente a legalidade. O Estado de forma lícita acaba sendo mais violento do que a própria violência que visa combater pautada na previsão legal.

Ainda Zaffaroni, o discurso legal-criminal é revelado como inegavelmente falso, mas atribuir a sua permanência a má fé ou a formação autoritária seria uma simplificação que acrescentaria falsidade a outra. Essas explicações personalizadas e circunstanciais esquecem que aqueles que se colocam em posições "progressistas" e percebem a gravidade do fenômeno, também reproduzem o falso discurso criminal-legal, porque não têm outra alternativa que a de

⁴ Como en cualquier emergencia, a medida que la situación va tornándose insostenible, comienza a operarse la evasión mediante mecanismos negadores que, en nuestro caso, aparentan conservar la antigua seguridad de respuesta, aunque se reconozcan "problemas" que suelen dejarse de lado por vía de una arbitraria delimitación discursiva que elude confrontar la crisis

seu discurso na sua versão de "Direito Penal de garantias "(ou" liberal "se preferido). (1998, p. 17)⁵

O pensamento penal é uma importação de teorias construída, a partir de uma realidade europeia, e necessita de adequação à realidade dos países que o autor denomina como "marginais". A busca pelo "deve ser" no sistema jurídico penal se torna uma ficção diante da realidade diversificada dos países americanos. A dogmática jurídica penal é utilizada para tornar legal a intervenção em direitos individuais.

Não obstante, a pena deve ser encarada, sempre, como um instrumento de controle social do Estado e não como uma solução para os conflitos existentes dentro da sociedade. Portanto não cabe a construção de teorias para legitimar a pena, já que não há uma racionalidade com a realidade dentro da sociedade. Para o autor, a sanção penal somente pode ser aplicada por exclusão quando não houver instrumentos que possam dirimir os conflitos penais.

O abolicionismo penal se apresenta como uma corrente de doutrinadores que realiza críticas ao sistema penal, principalmente, no que tange a determinado grupo de tipos penais denominados criminalidade convencional. Louk Hulsman, acompanhado por Jacqueline Bernat de Celis, escreveu a obra "Penas Perdidas" (1993), que dentre outras, busca fundamentos para afastar a intervenção penal do Estado, principalmente nas situações que há a possibilidade de conciliação.

Propõe-se um olhar diferenciado sobre os elementos que compõe o paradigma punitivo. O sistema penal é baseado em generalizações sobre os atores do fato delituoso. Essas abstrações supostamente legitimariam o sistema penal. A primeira abordagem é a opinião pública sobre o desfecho desejável para um conflito gerado a partir da prática de um tipo penal. O sistema jurídico penal estabelece a noção de homem comum que deseja, em todos os casos, a retribuição do mal causado, ou seja, a pacificação social tem como instrumento a aplicação da punição.

Este **homem comum** seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo publico. Imaginaria as

⁵ El discurso jurídico-penal se revela como falso en forma innegable, pero atribuir su permanencia a mala fe o a formación autoritaria sería un simplismo que agregaría una falsedad a otra. Estas explicaciones personalizadas y coyunturales olvidan que quienes se colocan en posiciones "progresistas" y se percatan de la gravedad del fenómeno, también reproducen el discurso jurídico-penal falso, porque no disponen de otra alternativa que la de ese discurso en su versión de "derecho penal de garantías" (o "liberal" si se prefiere).

prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam (grifo do autor) (HULSMAN, CELIS, 1993, p. 55).

Para Hulsman (1993), essa noção de homem comum é uma falácia, pois a opinião pública é construída pelo sistema e não o contrário. A linguagem jurídica sobre o crime e o criminoso é extremamente estigmatizadora. A sociedade desconhece a realidade das instituições encarcerantes e seu funcionamento. Não obstante, ignoram os aspectos sociais dos indivíduos ali aprisionados, pois o sistema passa uma noção simplista e equivocada adversarial da persecução penal, um lado os bons e do outros os maus.

Há a crítica sobre a própria existência do crime. A natureza do delito não se diferencia dos outros atos ilícitos de âmbito extrapenal. Embora haja o aspecto material na tipicidade do crime, em virtude da tutela de bens jurídicos relevantes, o que diferencia é a criminalização da conduta, ou seja, a previsão de uma lei incriminadora. Assim, a lei seria a origem do crime (HULSMAN, CELIS, 1993).

No aspecto criminológico, aponta a excepcionalidade da atuação do sistema penal. Diversos crimes são praticados dentro da sociedade, uns em âmbito privado, outros em plena luz do dia, no entanto, a maioria dos fatos delituosos não chega ao conhecimento da autoridade policial, e até mesmo, alguns que há a ocorrência da *notitia criminis* não apresentam dados suficientes para alcançar a autoria ou as provas de materialidade do crime.

Infere-se dessa informação que a defesa social não é alcançada pelo controle social exercido pelo sistema penal. Essa noção de excepcionalidade afronta a intervenção penal, expressão mais violenta de exercício do poder estatal. Não há como justificar a legitimidade da sanção penal se a sua principal função não é sequer possibilitada em virtude da ausência de alcance dos fatos a que se destina.

Tal descoberta constitui um ponto de partida extraordinariamente importante, dentro de uma reflexão global sobre o sistema penal. Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? (HULSMAN, CELIS, 1993, p. 56).

A descriminalização permite a reconstrução do tecido social sem a estigmatização própria da linguagem criminal. Setores do Estado são muito mais apropriados para a resolução de questões como drogas, maus-tratos pela transferência da questão do âmbito penal para a assistência social, um instrumento

mais humano de pacificação social.

O aparelhamento judicial civil já possui mecanismos que estabelecem a efetividade de direitos violados quando houver impasse na relação entre indivíduos. A jurisdição em âmbito extrapenal é coercitiva com intervenção menos violenta e ainda possibilita meios de composição que fomenta uma autonomia maior dos envolvidos no conflito. O autor defende a substituição do sistema penal por outras formas de resolução de conflitos com menos intervenção nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Não devemos nos apressar em dizer que apenas o sistema penal permite canalizar os sentimentos de vingança das pessoas. Um sistema de tipo compensatório pode perfeitamente desempenhar este papel (HULSMAN, CELIS, 1993, 132).

Há um momento de instabilidade científica que demanda do paradigma vigente a solução de novos problemas. Esse confronto é natural para a produção de conhecimento e fortalecimento da forma de estudar objeto de pesquisa. Adeptos do modelo normal buscam construir teorias que coadunem com a manutenção paradigmática.

No sistema processual penal brasileiro, por exemplo, a criação de institutos de composição civil e transação penal do rito procedimental dos juizados especiais comportam a demanda da consensualidade em âmbito penal. No entanto, apesar de relevantes para solução de conflitos de menor potencial ofensivo, fica evidente que os institutos têm, como objetivo, a resolução da lide processual, de forma mais, célere e não uma restauração da relação rompida pelo crime.

A transação penal possibilita que o Ministério Público ofereça ao acusado a possibilidade de aceitar ou não as medidas penais alternativas à prisão e produção de seus efeitos. No entanto, observa-se o mero afastamento da sanção, não há um processo que construa um clima de paz social. Esta forma encontrada pelo sistema jurídico se encontra inserida na racionalidade penal moderna, em que há o caminho da punição ou não punição, sem se preocupar com a vítima.

Em virtude da crise do paradigma, determinadas situações consideradas como problemas que precisam de respostas da coletividade científica são transferidos para fora do âmbito científico específico. Não obstante, ocorre também a falta de interesse em buscar soluções para o problema que não está comportado pelo paradigma. Diversos temas como a desproporcionalidade de algumas sanções

são retirados de pauta pelo paradigma punitivo e transferido para campos da política, sociologia e etc.

No entanto, há situações que geram uma crise, que necessitam ser enfrentadas pela comunidade científica, mas não podem ser comportados ao paradigma vigente. Nestes casos, realidade e teoria não se subsumem e oportuniza a crise da força atrativa do modelo. Esse conflito gera a abertura para novos modelos que permitem novas soluções acompanhadas de novas problemáticas.

O novo paradigma deve ter condições de resolver problemas antigos e de apresentar novas problemáticas. Este fato faz com que a comunidade científica legitime a atividade com novos parâmetros e faça este salto evolutivo.

A revolução científica ocorre, a partir do rompimento do paradigma anterior com o surgimento do novo. Uma nova forma de produzir ciência é estabelecida mediante a descontinuidade na tradição científica vigente. Os novos paradigmas se diferem pela sua natureza, sendo novas fontes de métodos e padrões de soluções adotadas pela coletividade.

5 A CERTEZA DAS INCERTEZAS DA PÓS-MODERNIDADE

A ciência se propõe a dar respostas a todos os questionamentos das atividades humanas. A modernidade foi marcada pela busca de ordens universais em todas as áreas do conhecimento humano. A dogmatização da ciência, através do enrijecimento de premissas, perspectivas e métodos onde as discussões eram separadas em válidas ou não começaram perder sentido na pós-modernidade. A razão filosófica e a sua verdade já não atendiam um mundo cada vez menor com tantas realidades diversas.

A padronização da resposta não solucionava a fragmentação de estruturas sociais que mantinha distante os diferentes. “A ordem aparecerá como uma espécie de projeção da razão ordeira e ordenadora no limiar de todas as grandes dimensões de organização da vida (individual ou social)” (BITTAR, 2009, p. 54). A relatividade do funcionamento da ordem, do puro e do belo reflete diretamente na forma de observar e explicar o mundo. As concepções científicas que fronteirizavam o conhecimento descartando como inválidos pontos de vistas diversos. Estas concepções foram perdendo espaço até que o isolamento rígido entre certo e errado, verdade e mentira, válido e inválido não puderam explicar a realidade.

A pós-modernidade é marcada pela descontinuidade. O mundo globalizado com estruturas sociais próximas, vivendo em um mesmo espaço desordenado demandava uma nova postura científica. A razão fria de sentimentos regulando a ciência dá espaço, cada vez mais, a questionamentos axiológicos onde verdades alheias devem possuir espaços científicos. O convívio com o outro permanente demanda uma desconstrução de ideologias absolutas. “A civilização – a ordem imposta a uma humanidade naturalmente desordenada – é um compromisso, uma troca continuamente reclamada e para sempre instigada a negociar” (BAUMAN, 1998, p. 08)

A sociedade pós-moderna não consegue se organizar em uma ordem social estruturada, com rigidez, para produzir seus estranhos. A comunidade se renova, de forma descontínua, em diversos aspectos histórico, econômico, social, cultural. A promessa de mundo moderno controlado através de mecanismo impositivos dogmáticos não conseguiu êxito. A aniquilação ou separação entre aquele que não se encaixava no conceito de normalidade, igualdade ou moralidade produziu efeito porque na pós-modernidade todos são diferentes. Para cada realidade, uma

perspectiva diferente.

5.1 O PENSAMENTO NA PÓS-MODERNIDADE

A sociedade construiu a crença de pacificação social através da ordem apequenando a liberdade individual. A institucionalização das relações humanas com padrões de comportamento e das soluções tornou a objetividade uma compulsão da modernidade. Quanto maior a formalidade, mais segurança se obtinha.

O pensamento moderno acompanhou essa busca pelo conhecimento sem a presença da subjetividade. A visão pessoal de mundo era afastada com uma gana de combatividade, pois somente a pureza no método poderia estabelecer um saber verdadeiro. A construção da forma de pensar o mundo passa pela noção de verdade absoluta que impõe à sociedade uma sistematização de toda a vida social.

Os valores centrais da modernidade, a ênfase na ciência como modelo do saber, a ênfase na problemática da verdade e do conhecimento, a importância da política institucional, a formulação de grandes sistemas e quadros teóricos, a tarefa legitimadora da filosofia, todos estes elementos são considerados esgotados, devendo ser postos de lado em nome de um que valorize mais a criatividade, a inspiração e o sentimento, em que valores estéticos passam a tomar o lugar do científico e do político no aspecto tradicional (MARCONDES, 2001, n. 274).

A sociedade se tornou mais complexa. Diversos atores com características peculiares tem espaço de agir e pensar de acordo com suas individualidades. A coletividade pós-moderna não deve mais ser entendida como uma união de iguais, qualificados de acordo com o que é puro, belo ou correto, mas sim como a convivência de desiguais. O modelo de ordem não pode suprimir, em nome da segurança e tradição, a liberdade de agir conforme características pessoais.

A diversidade para a concepção moderna era considerada como sinônimo de desordem. O conhecimento buscava uma lei universal que explicasse as interações sociais qualificando-as de acordo com o interesse das expressões de poder. No entanto o indivíduo pós-moderno percebeu o abandono da sua autonomia em nome da segurança. A incerteza não precisa ser totalmente afastada quando se possui um sistema de regulação mais aberto que possa permitir a presença de espaços para a

individualidade.

Um número sempre crescente de homens e mulheres pós-modernos, ao mesmo tempo que de modo algum imunes ao medo de se perderem, e sempre ou tão frequentemente empolgados pelas repetidas ondas de “nostalgia”, acham a infixidez de sua situação suficientemente atrativa para prevalecer sobre a aflição da incerteza. Deleitam-se na busca de novas e ainda não apreciadas experiências, são de bom grado seduzidos pelas propostas de aventura e, de modo geral, a qualquer fixação de compromisso, preferem opções abertas (BAUMAN, 1998, 23).

A pós-modernidade se apresenta sem um conceito bem definido com discussões sobre o termo inicial, no entanto, há características que possibilitam identificar este momento diferenciado da modernidade. O rompimento da busca da lei universal em que a aplicação de teorias possuíam o cerne de explicar fenômenos através de um discurso de validação rígido demonstra que se inicia uma nova forma de pensar o mundo.

A certeza através da demonstração probatória ruiu mediante a crise entre a realidade e a construção científica. O pensamento pós-moderno se pauta na constatação de que toda verdade não passa de uma hipótese, ou seja, que o conhecimento não é definitivo. Discutem-se as fórmulas pré-estabelecidas de pensar a própria ciência, ou seja, questionam-se os critérios de legitimação do que seria um conhecimento válido ou não.

O que pôde passar ao final do século XIX por perda de legitimidade e decadência no “pragmatismo” filosófico ou no positivismo lógico não foi senão um episódio, por meio do qual o saber ergueu-se pela inclusão no discurso filosófico do discurso sobre a validação de enunciados com valor como leis (LYOTARD, 2009, p. 100).

Não há uma inovação sobre as críticas realizadas à busca do saber puro, apenas a constatação que a realidade é muito mais ampla do que a mera verificação e falseamento. No campo filosófico, a nova etapa de compreensão humana da realidade se opõe à crença criada pela ciência moderna que a realização científica teria como condão ser universal e constante.

Um, assim chamado, assunto científico é, meramente, um conglomerado de problemas e soluções tentadas, demarcado de uma forma artificial. O que realmente existe são problemas e soluções e tradições científicas (POPPER, 1978, p. 19).

A contestação de uma verdade tinha como objetivo torná-la falsa, ou seja, a

modernidade foi construída como se houvesse uma verdade única. O reflexo deste fato é a formação de pensamentos estanques com limites no surgimento de outra montagem de observar o objeto. O novo estaria sempre se propondo a extinguir o modelo anterior, pois apenas um estaria correto e o outro equivocado.

Interessando-se pelos indecíveis, nos limites da precisão do controle, pelos quanta, pelos conflitos de informação não completa, pelos "fracta", pelas catástrofes, pelos paradoxos paradigmáticos, a ciência pós-moderna torna a teoria de sua própria evolução descontínua, catastrófica, não retificável, paradoxal. Muda o sentido da palavra saber e diz como esta mudança pode se fazer. Produz, não o conhecido, mas o desconhecido (LYOTARD, 2009, p. 107).

O rompimento dessa forma de evolução de conhecimento permite que modelos diversos de realizações da atividade humana possam coexistir. Concepções diversas podem se estabelecer, como válidas, dentro do mesmo âmbito. Os modelos de conhecimento não são verdades absolutas, mas concepções possíveis de produção do saber.

A constatação de que o conhecimento tem relação direta com o interesse do atores envolvidos. O sujeito e suas particularidades foram afastados do saber objetivo. A necessidade de quantificação transformou o próprio homem em objeto com comportamentos que deveriam ser universalizados.

O pensamento pós-moderno não se caracteriza como uma corrente ou doutrina nem possui propriamente uma unidade teórica, metodológica ou sistemática, já que em grande parte visa romper exatamente isso. Na verdade, o ponto comum entre esses atores parece ser mais a necessidade de encontrar novos rumos para o pensamento, concebendo a filosofia de forma mais ampla e não-linear, mais próxima das artes do que da ciência, não se pretendendo mais como um saber ou um ponto de vista privilegiado, mas como uma prática discursiva, uma forma de reflexão, um entendimento de nossa época e de nossa experiência que dê conta de suas rápidas transformações, de sua especificidade e de sua complexidade (MARCONDES, 2001, p. 275).

A polissemia, antes uma característica deslegitimadora de conhecimento, hoje demonstra a possibilidade de diversos caminhos concretizadores de interesses humanos. Cada pessoa é construtora de sua própria realidade. Essa constatação não é uma inovação trazida pela pós-modernidade, apenas há a aceitação de realidades parciais dentro da própria sociedade.

A vida social possui uma complexidade que, muitas vezes, impossibilita a criação de lei universal que contemple todos os indivíduos. As interações humanas

são melhores compreendidas por modelos diversos, abarcando o maior número de pessoas, mas que aceite a inerente falibilidade do agrupamento para a classificação.

A tarefa da razão filosófica parece estar se deslocando de legislar acerca do modo correto de separar a verdade da inverdade para legislar acerca do modo correto de traduzir entre línguas distintas, cada uma gerando e sustentando suas próprias verdades (BAUMAN, 98, p. 1148).

A conciliação de formas de pensar é uma das principais características do período pós-moderno, com reflexo em diversas áreas da atividade humana. A ciência une o novo com conceitos e teorias clássicas, buscando uma efetividade do conhecimento na vida social.

Esta base filosófica permite a construção de sistema de regulação de comportamentos menos rígidos com respeito a individualidades. A formação de concepções de controle com efetiva produção de pacificação social e autonomia da vontade de acordo com cada realidade. Cada ser é uma formação de pensamento com espaço em âmbitos que antes buscavam meramente a formalidade e objetividade sem criatividade para solucionar os problemas existentes.

5.2 A DEMOCRACIA E A REDESCOBERTA DOS ATORES SOCIAIS

A relatividade do normal, da verdade e da realidade em um mesmo espaço tornou a vida social mais complexa. O sistema jurídico construído sobre o fundamento dogmático estatal organizador e pacificador da vida social não conseguiu concretizar um controle do comportamento humano com satisfação. O parâmetro jurídico baseado no Estado de Direito que realiza o controle social através de verdades estabelecidas através de normas jurídicas produzidas pelo próprio agente controlador (monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado) não logrou o resultado esperado, soluções universais não funcionam para uma sociedade extremamente plural, mais leis não se transformam em menos crimes (FERRAJOLI, 2006).

Os direitos fundamentais foram concebidos para proteger o indivíduo perante o exercício do poder do Estado, entretanto essa relação perdeu o seu caráter unilateral e se tornou dialética. A pós-modernidade inseriu, nos ideais de liberdade,

igualdade e fraternidade da era moderna, critérios materiais. A formalidade não conseguiu resolver diversos problemas presentes na sociedade, nem explicar a ausência de posicionamentos mais pragmáticos no sistema jurídico moderno.

A aproximação da previsão legal com a realidade material tornou-se uma demanda legítima da sociedade. Essa exigência não recai somente sobre a produção de normas jurídicas, mas, também, sobre a interpretação e abertura do próprio sistema. O ordenamento jurídico e a própria aplicação da lei devem se pautar na promoção e eficácia de ações, cada vez mais próximas, das características presentes em cada realidade.

A pós-modernidade promove a relevância da dimensão pragmática do Direito. O dever ser perde importância para a dimensão do ser. As teorias mais atuais proporcionam a mudança de pensamento no campo jurídico realizando críticas ao excesso de formalismo produzido pelo positivismo e direciona o foco das pesquisas científicas jurídicas para o enfoque na eficácia não só do ordenamento jurídico, mas de todo o sistema. (BITTAR, 2009)

Os princípios constitucionais constituem um rol de promessas e ganharam contornos pragmáticos, delineando a aplicação do direito, e legitimando a ação do Estado. O neoconstitucionalismo se tornou um modelo jurídico da pós-modernidade moldando o sistema jurídico com novas formas de fazer e interpretar o direito para atender os objetivos e valores constitucionais.

A construção da sociedade brasileira teve a presença forte do controle público nas relações sociais. O modelo paroquial mediante simbiose entre poder e religião estabeleceu um padrão de solução de conflito messiânico em que prepostos da igreja intervinham, em questões privadas, e determinavam o comportamento das pessoas.

O processo de separação entre governo e religião não afastou completamente o modelo de relação entre os indivíduos e a forma de deliberação de questões sociais. A participação da sociedade nas questões políticas ainda era ínfima, permanecendo um padrão de submissão aos detentores do Poder. A formação do Estado brasileiro reflete um quadro de subordinação do cidadão-súdito receptor das determinações do Estado, um sujeito passivo dentro do sistema político. (AUGUSTO, 2004, p. 12)

O Brasil passou por processos de democratização dos procedimentos deliberativos dos rumos do país. A consciência jurídica sobre a participação popular

foi fundamento para o processo de abertura política brasileira. A bandeira das eleições diretas proporcionou um terreno para que outras modalidades de ativismo popular pudessem ser desenhados na sociedade brasileira.

Dentro do processo de abertura, dois movimentos: um que caminha pelo atalho das eleições diretas e outro pela construção de um consenso que dividisse as forças governamentais e, depois, extinguisse a ditadura, em parte de acordo com o projeto de auto-reforma do regime (LEONELLI, 2004, p. 35)

A democracia representativa é, apenas, um aspecto da democracia que possui um contexto mais amplo do que a escolha de representantes. Democracia se traduz na participação popular; e quanto mais aberto for o processo de decisões, no âmbito público, mais efetivo será o princípio democrático.

A concepção de um Estado democrático de direito, em uma visão clássica, resume-se a legitimidade de atuação do poder estatal pela universalidade do voto na escolha dos representantes eleitos e em cumprimento das leis elaboradas por eles. José Adércio Leite Sampaio pondera sobre essa perspectiva como:

Débil a concepção, frágil sua defesa, pois não se trata, com a nova designação, de se somar ao garantismo do Estado liberal de direito um ingrediente democrático apenas, mas, sem abandoná-lo como peça do museu político, compatibilizá-lo com as demandas de uma sociedade hipercomplexa, plural e assimétrica. (2013, p. 71)

O conceito clássico de democracia remota a busca de indivíduos que pudessem representar os anseios da população, ou seja, a participação popular, nas decisões políticas, resumia-se à livre escolha de representantes para a construção do bem comum. Constrói-se um corpo legislativo escolhido pela maioria que estabelece normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade para a sociedade sob a imposição de pena por seu descumprimento.

Joseph Schumpeter apresenta o entendimento clássico sobre a democracia "o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através das eleições de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo" (1984, p. 313). O autor critica a visão romântica da democracia onde os valores de poucos representantes refletem o desejo de toda a sociedade. A vontade do povo a partir de uma racionalidade, para a construção do bem comum.

A contradição da democracia meramente representativa fica evidente pela noção de que o cidadão, ao eleger seu representante, possui plena capacidade de decidir sobre a melhor pessoa para tomar medidas que afetaram diretamente a todos, inclusive aqueles que não a escolheram. Por outro lado, transforma os eleitos em tutores dessas mesmas pessoas capazes de entender o caminho mais favorável para o atendimento de seus interesses.

Para Robert Dahl, a sociedade, além de votar, pode, em virtude dessa capacidade e respeito a direitos fundamentais, participar diretamente de decisões que atinjam seus interesses.

Como cidadãos, adquirem os meios de proteger e implementar seus interesses pessoais mais importantes; podem ainda participar das decisões sobre as leis sob as quais viverão, são dotados de uma vasta autonomia moral e possuem extraordinárias oportunidades para o desenvolvimento pessoal. (DAHL, 2001, p. 90)

A efervescência da cultura democrática tornou essa forma de atuação do particular na vida pública um fundamento que legitima as iniciativas governamentais. O Poder Público, por mais que trouxesse benefício à coletividade, suas ações não podem limitar a capacidade de participação na vida pública.

Esse sentimento basilar das sociedades democráticas reverberou para além das ações do Poder Executivo. A sociedade se tornou multifacetária. Padrões de decisões não atendiam casos diferenciados que se multiplicavam e reclamavam acesso ao Poder Judiciário. As demandas da população reclamam uma legitimidade das decisões rompendo o modelo paternalista de formação do Estado Brasileiro.

Nos rol de princípios fundamentais, a Carta Magna brasileira estabelece, em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988), a dignidade da pessoa humana como uma norma jurídica que deve surtir efeito em todo o sistema jurídico brasileiro. Este princípio impossibilita que o ordenamento jurídico brasileiro instrumentalize os indivíduos, ou seja, autor ou vítima devem ser considerados sujeitos de direitos autônomos com plena capacidade de se autodeterminar.

Esse princípio constitui-se como um atributo dado a todo ser humano de ser tratado, juridicamente, como pessoa individualizada com proteção de seus direitos. Todo indivíduo é merecedor de direitos mínimos que o diferencie de objetos ou outros seres vivos. A aplicabilidade deste princípio pode ser observada pela consideração do indivíduo, como sujeito, a partir da compreensão de sua

capacidade de autonomia para a produção de efeitos jurídicos.

Com o neoconstitucionalismo hermenêutico, os princípios passam a ter maior efetividade na aplicação normativa. O indivíduo independente de qual status da relação jurídica não pode ser visto de forma genérica objetiva. O postulado da dignidade da pessoa humana afasta a estigmatização do ser humano e sua vontade passa a ter relevância no meio jurídico.

Os princípios passam a ser mandamentos que possuem aplicabilidade substancial, não mais vetores programáticos, ou seja, uma orientação ao ordenamento jurídico. Ensina Humberto Ávila que o princípio não é um rol de direcionamentos em que, a partir das preferências pessoais do interprete, é escolhido para dar legitimidade a aplicação da norma jurídica, constitui-se em verdadeiro dever ao hermeneuta para promover o que é devido (2015, p. 161)

Em uma perspectiva funcional, a tutela jurídica penal se caracteriza pela sua natureza subsidiária. O direito possui a função de harmonizar interesses e as relações amparadas pela proteção penal de proteção de bens jurídicos relevantes com a prevenção de comportamentos indesejáveis. A dignidade da pessoa humana como princípio de aplicação normativa jurídica impõe uma restrição maior dos efeitos jurídicos penais, somente permitindo a sua aplicação quando a conduta proibida tenha potencialidade de atingir ou afete algum bem jurídico relevante.

Conforme Robert Alexy, princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (2015, p. 90).

Não obstante, diversos aspectos da vida social demandam comportamentos que possuem tipicidade ou justificação, a partir de um aspecto valorativo. Além da descriminalização mediante produção de uma lei abolicionista, o sistema jurídico penal possibilita que o próprio ofendido faça essa valoração livre e consciente para que haja o injusto penal ou, até mesmo, os efeitos sobre aplicação da pena.

O pós-finalismo introduz o debate sobre a autodeterminação da vítima na teoria do delito, repensando o conceito, efeitos e características da autonomia pessoa do ofendido no sistema jurídico penal. Esta corrente de conhecimento teórico busca a otimização da dignidade da pessoa humana possibilitando um tratamento que não se pautem em um Direito Penal formal paternalista formal em relação ao

ofendido.

No Direito Penal, a participação popular se resume a escolha de legisladores durante o processo eleitoral. Em virtude do princípio da reserva legal, há a necessidade de que representantes do povo selecionem quais condutas são proibidas ou permitidas a partir dos valores demonstrados pela consciência jurídica da sociedade. Essa seleção da proteção jurídica penal, por vezes, não reflete uma unanimidade no sentimento coletivo, bem como a resposta jurídica da privação de liberdade.

Na norma jurídica penal, os representantes, legitimados apenas pelo único processo eletivo que forneceram o mandato, realizam um juízo de valor anterior e produzem leis que estabelecem mecanismos rígidos de solução de conflito que desembocam na punição do autor do delito. O sistema jurídico penal estabelece uma punição para condutas proibidas sem levar em conta, como regra, a participação dos envolvidos.

Imagina-se que parte da sociedade discorda que a realização de determinada conduta não deve ser proibida, em âmbito penal, ou que uma minoria entenda que o processo de restauração da relação social é mais importante que o mero cerceamento de liberdade do autor da conduta ou que a autonomia pessoal deve afastar a proteção jurídica penal para seus próprios bens jurídicos. A participação popular se torna distante no modelo tradicional de solução de conflitos penais. O sistema jurídico penal afasta a solução do conflito da vítima, do autor do delito e da sociedade, pois a persecução penal se pauta na acusação feita pelo Ministério Público ou querelante, a defesa técnica do acusado e a aplicação da norma pelo Magistrado.

O Direito Penal, por sua vez, tornou-se mais complexo, o etiquetamento de condutas proibidas e sanções penais imputadas respectivamente através de critérios legais demonstrou que este modelo que privilegia o monopólio estatal não conseguiu trazer uma harmonia social. A valoração da pena não satisfaz, como único critério de proporcionalidade entre conduta e promoção de justiça. O critério de funcional do Direito Penal, como fator de prevenção especial, contradiz a própria realidade social. O aumento de condutas previstas como crimes, bem como a valoração da pena não conseguiu diminuir o número de delitos, questionando-se o Direito Penal como pacificador social.

Uma sociedade multicultural, com exigência de respeito às individualidades,

demanda a participação nos âmbitos de exercício de poder. A jurisdição criminal tem como função estabelecer mecanismos que possibilitem o resguardo de direitos e garantias do acusado para a aplicação da lei penal. Infere-se que a construção da solução do conflito surgido mediante a prática de um crime desemboca em um conjunto de procedimentos que legitimem a imposição da pena. Não há a participação do envolvidos em um possível direcionamento para a realização de justiça, apenas regras formais de legitimação do castigo.

A universalidade de modelo construído por um pensamento jurídico objetivo perde sua significação diante da realidade que os atores envolvidos possuem características próprias. Este fato não é uma inovação formada, no momento contemporâneo, mas uma constatação percebida em virtude da própria crise do paradigma jurídico moderno.

A realidade é que o sistema jurídico tradicional foi produzido com a estigmatização do ofensor e da vítima. A ciência jurídica penal estabeleceu o seu papel teórico fundamentador de institutos jurídicos que se adequaram à forma de pensar esses atores sociais. No entanto, a percepção de que a objetividade no tratamento não atinge a função mediata, mas principal, do sistema penal que é a pacificação social.

Isto representa dizer que não se entende que a abolição da dogmática do direito esteja em processamento, mas que esteja em processamento uma modificação cultural necessária, para tornar a dogmática do direito uma prática científica mais afinada com necessidades sociais e menos amparada por concepções conceitualistas ou formalistas (BITTAR, 2009, p. 373).

O Estado não possui capacidade de solucionar todos os problemas de forma monocrática. O afastamento, quase que completo, da autonomia da vítima é contrária à participação do cidadão, na concretização da democracia. A relação do Estado com indivíduo deixou de ser mera limitação do poder estatal para uma co-responsabilidade dos problemas sociais e seus conflitos. Para Habermas (2002, p. 137), o “status de cidadão enquanto algo que o vincula aos demais membros da coletividade política e que o torna ao mesmo tempo dependente desses outros membros e co-responsável por eles”. O Direito Penal Pós-Moderno acompanha a essência de auto-determinação do indivíduo na relação social e bem como sua promoção para sanar problemas do tecido social.

Há a reinserção da vítima no âmbito de formação do confronto penal. O

ofendido não é um ser padronizado e passivo dentro do contexto de ocorrência do delito. A pós-modernidade possibilita a união de noções clássicas com novas teorias. A redescoberta da vítima produz efeitos no pensamento jurídico seja na própria dogmática penal bem como na abertura de novas vias de solução do conflito.

5.3 A AUTONOMIA DA VONTADE E A DOGMÁTICA PENAL

A vontade única do autor constituía a concepção padrão como elemento a ser observado pelas teorias que tratavam do crime, no entanto a complexidade humana produziu a constatação de que a vítima não se constitui em um ser inanimado na prática de delitos previstos. A concepção de crime como um ato unilateral contrário a norma jurídica penal incriminadora que ofende um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico não reflete aspectos materiais e comportamentais da vítima. Na ocorrência de um fato delituoso a relação autor e vítima vai além daquele que comete uma ação ofensiva e desta que se comporta com uma passividade plena.

O ofendido, em alguns casos, pode se colocar em uma situação, com plena consciência, que favoreça a ocorrência do fato tipificado no ordenamento jurídico. Não obstante, observa-se, em outros casos, uma relação com elementos de consensualidade na produção de perigo a bens jurídicos relevantes inerentes ao ofendido, mas que continua com a mesma proteção jurídica penal.

O ofendido é um ser autônomo e detentor dos direitos subjetivos sancionados pelo ordenamento jurídico. Assim como o pós-finalismo não comporta o conceito de homem médio para o agente que pratica um fato típico, também não é possível a concepção de que a vontade da vítima não produza efeitos jurídicos relevantes.

A autonomia pessoal da vítima é um elemento que pode estar presente nos acontecimentos de fatos considerados proibidos, principalmente naqueles em que não há intenção do agente em produzir o resultado. A preponderância da vítima para a lesão de seu bem e o âmbito pessoal sobre sua vontade afetam os contornos sobre a aplicação da norma jurídica penal e aspectos processuais.

O positivismo jurídico estabeleceu um caminho para a objetividade nos fundamentos penais. A legalidade se tornou o princípio vetor da aplicação normativa penal. A lei constrói a previsão de comportamentos em fatos proibidos e o indivíduo que comete crime pode sofrer a imputação de uma pena através do poder punitivo

do Estado.

A neutralidade alcançada através da repulsa a elementos valorativos subjetivos. A ciência deve se ater a formação de juízos fáticos, excluindo de forma rigorosa, o juízo de valor concebeu um Direito Penal pautado na causalidade, ou seja, preocupado, apenas, com a adequação descritiva do tipo penal e o comportamento do agente independente de aspectos subjetivos (BOBBIO, 1995, p. 135). Os elementos subjetivos do agente não eram levados em consideração para a construção do delito. A vítima é o indivíduo inerte sem aspectos relevantes para o Direito Penal. A objetividade e o caráter público do âmbito normativo penal afastaram a vontade da vítima, como regra, da configuração do injusto penal com o escopo de proteção do indivíduo.

A concepção finalista do Direito Penal considera crime toda conduta humana voluntária que possui uma finalidade proibida expressa em um tipo penal incriminador. Apesar de forte influência positivista, o finalismo se aproxima dos aspectos pessoais do indivíduo, a estrutura lógico-objetiva normativa por si só não caracteriza o crime, soma-se ao fato realizado uma vontade do autor para a produção de um resultado ou até mesmo a sua ausência de cuidado deliberada.

Observa-se que a vontade do autor de delito se torna um elemento de caracterização da ação humana criminosa. O querer e a decisão livre de realizar uma atividade, que possui uma finalidade proibida, integram o fato típico. No finalismo, o conceito ontológico de ação humana mantém o ponto referencial do causalismo, no entanto, insere no âmbito do injusto penal a autonomia da vontade do agente para responsabilização penal.

Por outro lado, o ofendido foi transformado, pelo sistema jurídico persecutório, em um mero noticiador do fato delituoso, ou seja, ocorreu a sua instrumentalização pelo próprio sistema que visa o proteger. “A posição da vítima encontra-se numa encruzilhada entre sua neutralização total e os riscos que sua descoberta pode trazer na direção da ampliação da face autoritária da justiça penal”. (SICA, 2007, p. 174)

A perspectiva formal das relações jurídicas de âmbito penal e a predominância do contexto público não contextualizaram a relevância do ofendido da teoria do delito, bem como na solução dos conflitos. A produção de efeitos da autonomia da vítima tem uma perspectiva mitigada sob a égide de uma legalidade formal.

A limitação formal do poder do Estado, por si só, não atende aos ideais democráticos e princípios norteadores das sociedades contemporâneas. A padronização de comportamentos estabelece uma harmonização nas relações sociais, no entanto, a ausência de valoração, em uma sociedade multifacetária, impede uma proximidade com decisões mais justas. A objetividade construída pela figura do homem médio para o autor do delito e a figura da vítima como ser inerte sem participação para a ocorrência do dano ou do perigo, não refletem a realidade.

Miguel Reale Júnior defende que o homem médio é um homem impossível, formado por qualidades e defeitos desconexos, diante da situação concreta na qual se realizou a ação que julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de um ente ideal, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do agir concreto do agente. (2004, p. 182)

O pós-finalismo amplia o caráter interpretativo das normas jurídicas principalmente, os dispositivos constitucionais. Insere o elemento material com maior proximidade entre a norma e a realidade social.

Normas jurídicas não são idênticas aos seus textos de normas. O teor literal não é a lei. Ela é a forma da lei. Em princípio a normatividade praticamente atuante de prescrições jurídicas é co-constituídas também pelo teor material do âmbito da norma (Müller, 2000, p. 109).

No âmbito jurídico penal, a prevenção de comportamentos proibidos obtém a característica pragmática com redução da abstração formal das relações entre autor e vítima. O indivíduo passa a ser observado, a partir de sua realidade social, como um ser autônomo detentor de direitos fundamentais que só podem ser atingidos mediante uma funcionalidade do sistema jurídico penal.

O finalismo despreza o processo cognitivo do ofendido, embora insira elementos subjetivos na tipicidade delituosa. A presunção universal de vítima é de uma pessoa com dissenso ao risco de perigo ou sem resistência à conduta do autor da infração penal. A forte influência, ainda da objetividade, e formalidade não valora o querer do detentor dos bens jurídicos.

Imprescindível o debate sobre o conceito de autonomia e sua influência no pós-finalismo. A relevância dos bens jurídicos, não só para o sistema social, mas também para o próprio ofendido que passa a legitimar a incidência da norma

proibitiva. Esta situação fica mais evidente nos crimes originados pela ausência de um dever de cuidado objetivo em que o ofendido, deliberadamente, contribui para a produção de um risco de perigo.

O significado da palavra “autonomia” tem origem grega que divide em *autos* (por si mesmo) e *nomos* (lei). Pode-se depreender a relação da autonomia com a capacidade de se autodeterminar. Para o âmbito público, a autonomia tem relação com a soberania, a capacidade de um governo estabelecer suas próprias leis e viver conforme elas. André Lalonde afirma que, no contexto individual etimológico, significa que o indivíduo determina qual lei se submete (1999, p. 115).

O homem não é um mero repetidor de práticas sociais, pautado na experiência pura social. Cada indivíduo possui uma capacidade racional no agir. Apesar de possuir um impulso interior em realizar uma atividade, a vontade possui uma deliberação inerente à razão que supera inclusive seus próprios instintos.

Immanuel Kant, filósofo pai da era moderna, proporcionou a compreensão de que todos os seres são racionais com capacidade de agir conforme suas próprias escolhas. A liberdade está relacionada à autonomia, ou seja, o homem autônomo delibera sobre suas ações sem levar em consideração influências externas.

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem. (1997, p. 101).

Desta forma, infere-se do pensamento Kantiano que o homem possui liberdade não somente quando não há obstáculos para sua ação, mas também quando impõe a si mesmo uma lei considerada moral.

Eduardo Bittar ao explicar a compreensão sobre o agir livre de Kant, ensina que Todo homem é um fim em si mesmo, um sistema particular capaz de governar-se a si próprio de acordo com a orientação da máxima decorrente do imperativo categórico. O homem, como ser por natureza racional, é o ser que tem em si o princípio do domínio de si. (2016, p. 362).

Para que o homem possa viver livre em sociedade, Kant relaciona a liberdade com a moralidade. “A lei moral, porém, é concebida como objetivamente necessária, dado que deve valer para todo aquele que possua razão e vontade” (2006, p. 77). A moral se torna qualidade da vontade considerada livre.

A ação concebida dentro de um critério moral ocorre quando o indivíduo

pratica uma conduta tendo, como parâmetro, uma regra de comportamento para si com intenção de que esta seja universalizada. O imperativo categórico construído por Kant intersecciona autonomia, liberdade e moralidade, tornando injusto o agir quando este não possua o condão universal.

Essa concepção de autonomia possui extrema importância para a ciência jurídica penal. O Direito Penal tem o caráter sancionador, ou seja, promove a tutela de bens jurídicos da sociedade. Entretanto, ao compreender que o ofendido pode superar o seu impulso de autopreservação e, de maneira racional, consentir com um perigo criado por terceiro, a necessidade de imperatividade da proteção normativa pode ser relativizada.

A construção de uma moralidade no contexto social seria a soma das ações morais que possuem cunho generalizante. No entanto, Hegel critica essa concepção de Kant, acrescentando o elemento eticidade para a constituição de uma conduta isenta de responsabilidade, pois a vontade livre se desprende do impulso natural do indivíduo, mas também necessita se relacionar com as instituições sociais para alcançar a qualidade de ação moral.

A expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação. Contém a ação as especificações indicadas:

- a) De que eu sou consciente de serem minhas quando passarem a ser exteriores;
- b) A relação essencial a um conceito como obrigatório;
- c) A ligação com a vontade de outrem. (HEGEL; 1997, 101)

A ação deve ser considerada a partir da expressão exterior da vontade, mas a qualidade dela, como livre, possui uma mediação com instâncias sociais. Para Thadeu Weber, a “Liberdade é vontade livre mediada e reconhecida. Liberdade não é fazer o que se quer. Isso seria desconhecer as instâncias mediadoras pelas quais passa a vontade livre: o direito, a moralidade e a eticidade” (2010, p. 60). Para o autor, a liberdade plena somente é possível a partir da compreensão da intersubjetividade entre a vontade e a repercussão social da ação. Para Hegel, a responsabilidade deve ser considerada, a partir da observação da universalidade de elementos que configuram a realidade substancial.

Todo o elemento isolado que se apresenta como condição, origem ou causa de uma dessas circunstâncias e que contribui, portanto, com algo que lhe é próprio pode ser considerado como responsável ou, pelo menos, como tendo a sua parte de responsabilidade. (1997,

p. 103)

Em um contexto pós-finalista, a norma jurídica penal deve tutelar apenas quando for estritamente imprescindível à manutenção da harmonia dentro da sociedade. A relação entre política criminal e sistema jurídico penal não se resume apenas à decisão política de criminalizar ou não uma conduta. A intervenção penal possui o caráter subsidiário para a tutela de bens jurídicos considerados também relevantes para o ofendido não somente para a sociedade.

As atividades humanas possuem valorações diversas dependendo de contexto em que são realizadas. O âmbito privado se caracteriza pela relação entre o sujeito e a sua propriedade com bens jurídicos sem a participação de outros. Essa ausência do outro pela relação privada afasta a solidariedade possibilitando a construção de uma sociedade composta pela soma de solidões.

Nas circunstâncias modernas, essa privação de relações objetivas com os outros e de uma realidade garantida por intermédio destes últimos tornou-se o fenômeno de massa da solidão, no qual assumiu sua forma mais extrema e anti-humana (ARENDDT, 2007, p. 68).

As relações humanas, mesmo que privativas, possuem um interesse social, seja promovendo a plena autonomia ou limitando ações para que haja harmonia entre os indivíduos. Para Hanna Arendt, a esfera pública possui, como critério para configuração, a inserção de sua luz sobre as coisas, ou seja, a relevância. “há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e crua da constante presença de outros no mundo público; neste, só é tolerado o que é tido como relevante” (2007, p. 62). Para que uma relação seja considerada como pública, deve ter a presença de outros de uma forma que haja a regulação de direitos para que os indivíduos não colidam.

A natureza da atividade humana, ora pode ser considerada pública, ora de âmbito particular. A relevância é estabelecida por critérios históricos das comunidades políticas. Quando se trata da autonomia do ofendido, o contexto público limita o exercício pleno da atividade ao manter a proteção penal com aplicação normativa independente da vontade do titular do bem jurídico.

O Direito Penal é eminentemente público, com princípios rigorosos para a legitimidade da sanção penal para os comportamentos considerados indesejáveis. A relevância é considerada para a tipificação ou a extinção de punibilidade no âmbito penal. No entanto, o Direito Penal tem, como característica, ser valorativo, ou seja,

estabelece níveis para a tutela de bens jurídicos.

A ciência jurídica penal debate os critérios de estabelecimento do exercício pleno da autonomia do ofendido. O fundamento é a proteção jurídica do ofendido que, em virtude da efetividade do reconhecimento da sua dignidade nas suas escolhas, pode levar a um tratamento jurídico que possibilite uma insegurança da própria vítima.

O Direito Penal está mais próximo do âmbito público na regulação das relações sociais. Por afetar diretamente direitos fundamentais privando a liberdade, restringindo direitos, reduzindo o patrimônio do agente que cometeu fatos típicos, a atuação do sistema punitivo, necessariamente, abarca interesses individuais, mas com valores supraindividuais para se tornarem relevantes.

O Estado não pode determinar a identidade de cada indivíduo, devendo promover um grau de autonomia que possibilite a escolha do que é melhor cada um, sem afetar interesses de terceiros. A possibilidade de agir livremente é o que qualifica a vida como digna sem necessidade de um propósito para essa ação.

A busca de prevenção de comportamentos indesejáveis e a expectativa de cumprimento normativo não podem instrumentalizar a vítima. As pessoas devem ser consideradas em si mesmas.

Auxiliadora Minahim entende que o direito será efetivo quando houver a possibilidade de que as pessoas possam fazer suas próprias escolhas. No entanto, a escolha autônoma depende da consciência e capacidade para consentir do ofendido.

O respeito à autonomia, portanto, está aí relacionado com a finalidade, ou seja, com o esforço para facilitar que o sujeito, ao tomar uma decisão, não seja impedido de alcançá-lo porque compreendeu mal os meios ou os fins, ou porque controles externos foram interpostos. (2015, p. 40)

O Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos relevantes de ataques que afetem a relação entre as pessoas e não ao bem jurídico por si mesmo. Pode-se inferir que a disponibilidade do bem jurídico é observada a partir da relação entre a autonomia do indivíduo e o interesse público de proteção através da produção de efeitos normativos.

A sociedade é uma organização que mantém as individualidades pessoais. O direito tem como objeto as relações potencialmente conflituosas. A autonomia

pessoal reduz a possibilidade de conflitualidade e afasta a caracterização do injusto penal. No entanto, Maria Auxiliadora Minahim alerta que a prevalência acrítica da autonomia sobre a tutela jurídico penal pode configurar uma redução da consciência jurídica da comunidade quanto ao caráter preventivo da pena (2015, p. 53). Essa ausência de compreensão geral da necessidade de inibição de comportamentos lesivos aos interesses sociais gera uma banalização da conduta, possibilitando um incentivo as condutas que saiam do âmbito privado e retornem de forma universal ao contexto público. A disponibilidade do bem jurídico possui dois aspectos principais, a valoração que a coletividade constrói a partir de elementos históricos, sociais e culturais que possui o carácter abstrato, e o aspecto individual que deve ser observado de forma relacional específica.

No âmbito de autonomia pessoal, inferem-se alguns critérios, como a capacidade penal. O ofendido deve possuir a possibilidade jurídica de exercer plenamente as suas escolhas. Consciência dos elementos que envolvem o fato típico, bem o risco da produção do resultado lesivo. A vontade de consentir deve ser uma decisão racional que supera o instituto de autopreservação no que tange aos efeitos na teoria do delito.

No que se refere ao âmbito social, os critérios de produção de efeito no consentimento da vítima estão inseridos da política criminal. A disponibilidade é construída a partir da consciência jurídica da sociedade que possibilita a frustração da norma jurídica mediante observação da fragmentariedade e subsidiariedade da proteção. A tutela da norma jurídica deve ser compreendida como a intervenção do por punitivo penal na vida das pessoas.

A norma jurídica penal tem como característica ser subsidiária, o controle social deve ser utilizado quando for imprescindível o cerceamento de liberdade para que haja proteção ao interesse jurídico. Não obstante, a lesividade também é um fator a ser considerado, pois o consentimento impede a possibilidade de lesão quando o resultado está inserido em toda a permissão dada pelo ofendido.

Esse papel não tem que ser exercido de forma paternalista, podendo e devendo tomar em consideração as circunstâncias do fato, inclusive o comportamento do titular do bem jurídico, mas não ao ponto de excluí-lo de sua tutela porque, afinal, a solidariedade do Estado é um dever a ser cumprido que legitima a sua existência. (MINAHIM, 2015, p. 140)

Pode-se observar que há dois valores em conflito, a promoção da autonomia pessoal e a solidariedade inerente a própria formação do Estado. A sociedade é uma organização que deve ser considerada a parte e o todo. Os parâmetros principiológicos são considerados em um tema que possui uma zona de interseção entre individualidade e coletividade.

A possibilidade da autonomia da vontade influenciar na dogmática penal constrói teorias que afastam a tutela penal. Em determinadas situações em que a vontade do ofendido seja relevante para a produção de um fato que lhe afete, considerar esse fator atinge a proteção jurídica penal considerando como uma exclusão de tipicidade ou de ilicitude. As teorias adotadas que consideram a autonomia da vontade do ofendido como elemento para análise dos substratos do crime impõe ao sujeito passivo a tutela de seus próprios interesses.

A revolução científica, conforme tem se desenhado na pós-modernidade, tem seu enfoque na permanência de institutos modernos com novas concepções. Desta forma, a tutela de proteção jurídica penal deve ser mantida, considerando a busca pelo atendimento da necessidade dos atores envolvidos colocando a função do Estado protetor como o promotor de um palco para que a autonomia da vontade possa gerar uma pacificação social mais efetiva.

5.4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O NOVO PARADIGMA PENAL

A sociedade pós-moderna contrapõe soluções universais para problemas diferentes. A pena, ao lado da medida de segurança, são as únicas de dirimento de conflitos penais. O aspecto valorativo do Direito Penal se resumia à proporcionalidade das penas com extremos delimitando um universo de situações fáticas entre a descriminalização e o etiquetamento para o rol de delitos hediondos. As realidades diversas com relações sociais próprias demanda uma participação maior dos envolvidos do que se submeter à mera subordinação ao Poder Jurisdicional.

Para Bauman, a desigualdade intercontinental e dentro da própria sociedade atinge uma vez mais proporções que o mundo de há pouco tempo, confiante em sua habilidade auto-regular-se e autocorrigir-se, parecia ter deixado para trás de uma vez por todas (1998, p. 34).

O controle estatal exercido através do medo da pena não surtia efeito

deslegitimando o próprio Direito Penal. O caráter paradigmático da teoria da pena, como forma de exercício do *ius puniendi*, é confrontado a todo momento com a continuidade do conflito, mesmo após a ação jurisdicional no modelo penal tradicional. A verdade trazida pela lógica penal de que toda vítima é satisfeita com aplicação de uma violência ao seu algoz e desta forma não há necessidade de buscar uma restauração da relação social autor e vítima demonstra que não ser a realidade, bem como não atende ao paradigma jurídico de participação da autonomia privada nas soluções que antes eram exclusivas do Estado.

As autonomias privada e pública requerem uma à outra. Os dois conceitos são interdependentes; eles estão relacionados um ao outro por implicação material. Os cidadãos podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública, como algo garantido através de direitos políticos, só se eles forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada igualmente protegida em sua conduta de vida (HABERMAS, 2002, p. 137)

A retribuição do mal causado é um paradigma dogmático do Direito Penal que não atende à autonomia dos indivíduos dentro do processo democrático, do mesmo modo a ressocialização imposta, sem uma auto-determinação do indivíduo não consegue alcançar o seu êxito. A reparação possibilita a ampliação de soluções penais com participação efetiva dos envolvidos no fim do conflito. Para Selma Santana, “a integração da reparação como forma autônoma ao Direito Penal representa o prosseguimento de um caminho já trilhado, que conduz desde a unidimensionalidade da pena até a multidimensionalidade das consequências jurídico-penais” (2010, p. 242). A composição como alternativa para solução do conflito coaduna com o novo paradigma jurídico de regulação de interesses jurídico que toma lugar do controle dogmático unilateral do Estado.

A pena é a forma mais extremada de agir do Estado. A ciência jurídica moderna se debruçou sobre a teoria da pena como caracterizadora do próprio Direito Penal, no entanto, o questionamento da unilateralidade não atende a multiplicidade de tipos sociais, ou seja, a imposição não atende mais à nova realidade social. Ocorre a abertura de outros mecanismos de restabelecimento da relação social rompida através do crime e a reparação surge como uma terceira via à pena e a medida de segurança. “A reparação substituiria ou atenuaria além da pena, nos casos em que se adequasse ou melhor para fins de punição e as

necessidades da vítima, que uma penalidade sem perda”(ROXIN, 1992, p. 115)⁶. O caráter subsidiário do Direito Penal seria reforçado, atendendo princípios como a intervenção mínima e a proporcionalidade. A ciência penal possui um novo parâmetro paradigmático, a multidimensionalidade de soluções para o delito.

Inserir-se o Direito Penal na política criminal, não apenas como um legitimador teórico do poder de punir, mas com o viés de buscar fundamentos que possibilitem uma efetivação maior da pacificação social. A noção de política criminal amplia a sua natureza de intenções para algo mais tangível que possa impulsionar medidas de caráter pragmático que rompam a formalidade do sistema penal e permitam resultados mais próximos aos envolvidos. No que tange a natureza da Política Criminal, assevera Selma Santana (2010, p. 03) que “é a partir das suas proposições, obtidas através da projeção dos problemas jurídicos no contexto mais amplo da política social, que se poderá esperar uma contribuição para o domínio do problema do crime”.

A política criminal deve estabelecer o objetivo do sistema jurídico criminal com base nessa nova realidade social. Uma sociedade mais global, não no sentido de padronização de identidades, mas o contrário. Uma comunidade diversificada com uma estrutura que coloca as classes sociais e formas diferentes de pensar, muitas vezes, com o interesse de dividir os mesmos espaços.

A participação efetiva seja na construção de decisões jurídicas ou através de espaços de formação de diálogos, dentro do sistema jurídico penal reflete o novo momento da sociedade. A pós-modernidade permitiu inovações antes afastadas pelo paradigma punitivo. A existência de uma terceira via à pena e medida de segurança somente foi possível a partir da fundamentação filosófica que estabeleceu uma forma de solução de conflitos de cunho democrático e possibilitando a autonomia da vontade dos atores.

Esta nova concepção transforma o eixo do Direito Penal, que possuía a paz social como um norte abstrato e distante de cada caso específico. A crença de que a pena trazia a harmonia dentro da sociedade por muito tempo se legitimou como ponto central, no entanto, não se pode conceber, nos dias atuais, que a eficiência de um sistema jurídico seja a concretização da aplicação da lei penal. O progresso da justiça penal não é a criação de mecanismo que torne efetivo o direito de punir, mas

⁶ la reparación substituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna.

sim, o atendimento às necessidades do envolvidos na ruptura ocorrida com o crime.

A observação da necessidade de proteção penal deve considerar além do aspecto normativo, mas também pessoal. Se a vontade dos envolvidos permite uma harmonia duradoura, seja afastando o crime ou, até mesmo, a possibilidade da restauração da relação, a intervenção estatal punitiva não é legítima. A subsidiariedade da tutela penal não afasta o Direito Penal, mas sim reafirma a sua relevância na pacificação social quando a autonomia dos envolvidos estiver presente.

A Justiça restaurativa rompe a mecanização dos envolvidos na persecução penal através da quebra da universalização de métodos e resultados estabelecida na modernidade. A participação dos indivíduos no processo consensual relativiza a segurança da objetividade, no entanto, transforma o espaço de conflito em construção de atores e não de objeto do sistema penal. Essa forma de pensar o caminho de organização de lides jurídicas é denominada de transmodernidade. “A expressão transmoderna tem a ver com uma tentativa de retorno para a autonomia, uma transição impulsionada por uma nova sensibilidade como forma de a pessoa encontrar-se consigo mesma e com os outros” (TIVERON, 2014, p. 131).

O progresso evolutivo na modernidade foi construído pela negação de um modelo científico por outro, ou seja, o anterior era refutado, pois a verdade que o estabelecia não conseguia resolver os problemas que surgiam. No entanto, o processo de evolução da forma de pensar, o dirimir da lide penal permite a existência de forma que promovam a humanização do processo, sem negar o sistema penal tradicional. A forma de atuação da Justiça Restaurativa permite a convivência de dois modelos de solução de conflitos.

A crise do paradigma punitivo, em virtude da verificação da ineficiência de sua promessa de prevenção e pacificação social, demonstra que há casos em que é possível uma nova racionalidade que atenda as especificidades dos envolvidos. Assim, surge a demanda de novas produções de concretização de defesa de interesses individuais.

A Justiça Restaurativa possibilita um leque de soluções, com métodos diferenciados, dependendo de caso a caso. Cada conflito é tratado, de forma específica, comportando respostas, inclusive, com característica criativa. Esta diversidade inerente à pós-modernidade só é possível pela compreensão da particularidade de cada indivíduo, rompendo com a concepção totalizante que o

paradigma punitivo manteve na modernidade (TIVERON, 2014)

No entanto, determinadas criminalidades possuem um viés que somente será enfrentado através de processos tradicionais de aplicação da sanção penal. A pós-modernidade possibilita a existência de verdades, ou seja, processos de resoluções de conflito que podem conviver em um mesmo âmbito de atuação. A Justiça Restaurativa se adéqua perfeitamente ao pensamento pós-moderno, pois promove a autonomia da vontade dos atores com suas peculiaridades, a democratização de espaços de poder e a possibilidade de modelo diversificado sem negação do sistema tradicional.

A autonomia pessoal tem, como elementos, a vontade e a deliberação que pode coadunar ao pensamento tradicional ou pode ir por caminhos diversos. Esse ponto de encontro entre individualidade e coletividade é promovido pela Justiça Restaurativa. Modelo de harmonia de interesse que permite o retorno do ofendido ao processo judicial com autonomia e controle do interesse público.

A Justiça Restaurativa é um mecanismo de solução de conflitos que reinsere a autonomia da vontade dos envolvidos. A reintegração da vítima permite o respeito a sua individualidade com possibilidade de reparação das consequências do delito. A instrumentalização dos envolvidos é afastada buscando soluções que podem ser diversas da mera punição.

A participação da vítima com a consensualidade presente no processo de solução de conflitos não afasta garantias ou interesses públicos, pelo contrário, estabelece uma maior harmonia dentro da sociedade. Selma Santana defende que o respeito a garantias processuais, embora possa ocorrer a relativização, legitima o processo de acordo restaurativo.

Esse modelo deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal, sendo legítimo e admissível tão-somente à medida que, além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar, outrossim, funcional, e não anular as garantias essenciais do processo penal (2010, p. 127)

A Justiça Restaurativa possibilita que a autonomia da vontade produza efeitos dentro da seara processual penal, com a participação dos envolvidos e proteção das garantias a partir da homologação do acordo restaurativo. Este modelo promove uma interseção entre a proteção de valores da sociedade e o âmbito individual sobre seus próprios interesses.

Desta forma, a autonomia da vontade pode produzir diversos efeitos práticos, a depender dos valores presentes da sociedade. Há a possibilidade de relativização da obrigatoriedade do oferecimento da denúncia ou absolvição sumária por falta de justa causa em virtude da disponibilidade dos bens jurídico pessoal no caso de modelos restaurativos extrajudiciais. Bem um processo de restauração que produza um campo de solução de conflitos com a participação do autor, ofendido e sociedade afastando ou reduzindo a punibilidade.

A dignidade da pessoa humana passa a produzir uma aplicabilidade mais efetiva em relação a vontade da vítima. O consentimento do ofendido afasta o injusto penal ou permite via de mediação entre os envolvidos que tornam o sistema punitivo mais subsidiário, desde que respeitado a autonomia também do ofensor.

A valoração da autonomia do ofendido afasta o formalismo da conduta prevista como proibida de forma abstrata e, com a participação direta dos envolvidos, aproxima o sentimento de justiça. O caráter protetivo da norma não pode ser encarado como paternalismo do Estado, tratando os indivíduos como seres carentes de proteção.

A liberdade de escolhas de cada indivíduo torna a vida digna. Com a observação dos requisitos subjetivos e extrínsecos, o consentimento não torna a frustração da norma penal, mas o fortalecimento de sua legitimidade na intervenção na vida da sociedade. A justiça restaurativa produz a legitimação democrática mediante processo pautado na vontade dos envolvidos.

A justiça restaurativa privilegia valores democráticos por meio da ampliação do rol de participantes na deliberação, pela confiança depositada na sua capacidade decisória, pelo empoderamento produzido e pela educação para a paz (TIVERON, 2014, p. 138).

O modelo tradicional de formação de juízo de responsabilidade do acusado possui um conjunto de procedimentos formais que transferem para o agente judicante determinar a aplicação da sanção penal ou não. A persecução criminal tem como democrático, apenas o momento anterior que é a elaboração das leis que estabelecem os procedimentos e os seus efeitos.

O conflito penal é ponto de extremidade entre a ausência de diálogo e os envolvidos. A relevância do bem jurídico tutelado e a urgência de reconstrução das relações sociais rompidas pela prática do delito necessitam de um campo fornecido pelo Estado mais amplo do que a mera punição.

O sistema tradicional restringe a participação da sociedade e da própria vítima, tornando a natureza do processo meramente adversarial entre o infrator e o Estado. Não obstante, há nesse processo a predominância da presença do próprio Estado que está tanto na acusação, quanto na função de aplicador da lei. O sistema acusatório se configura pela separação entre órgão acusador e julgador; no entanto, apesar de todo o esforço do *Parquet*, em realizar sua atuação, separando sua natureza de acusação e *custos legis*, ainda assim constitui uma parte pública com visão objetiva sobre a aplicação legal, bem como a presença do órgão-juiz.

A pós-modernidade fomentou o impulso para a concretização da democracia. Este fundamento determina a participação efetiva dos indivíduos nos processos deliberativos. A construção de uma decisão judicial não perpassa somente pelo processo de raciocínio lógico do silogismo interpretativo, mas pela busca da efetivação dos interesses dos envolvidos.

A transmodernidade possibilita que a função judicante tenha nova natureza, não apenas o terceiro imparcial para dizer o direito, mas um promotor de espaço democrático para a construção da paz entre os envolvidos. A Justiça Restaurativa se coaduna com esse espaço deliberativo de participação, pois permite uma flexibilidade na escolha do processo de resolução e sua forma de integração entre ofensor, vítima e sociedade. Os modelos de resolução de conflito são diversificados atendendo a necessidade de cada caso, podendo ser, desde a formação de ciclos de paz até mais conhecida a mediação.

Por todo o debatido aqui, está evidente que a mediação é uma forma de reapropriação, de ativação da participação dos cidadãos na gestão de conflitos que nascem do crime e, enfim de aceitar as suas deliberações como um ponto de referência que pode influenciar a administração da justiça no caso concreto (SICA, 2007, p. 211-212).

Não há um processo estabelecido, apenas procedimentos que tornem a atuação de controle jurisdicional um terreno fértil para o diálogo e a reconstrução de ferramentas focadas no atendimento às necessidades. O alcance do ideal democrático se mostra muito mais amplo, pois há a possibilidade de participação ou não, bem como a construção do processo de resolução em que sociedade e envolvidos deliberem para um consenso.

Essa fluidez do processo restaurativo permite a compatibilidade com a democracia representativa. A busca por uma solução mais humana, além do

respeito a direitos individuais, não afasta o processo de paz social das determinações legais vigentes. Ocorre, apenas, a abertura do sistema jurisdicional para debate dos atores envolvidos no conflito penal em espaços próprios para o diálogo.

Esse aspecto da justiça restaurativa resguarda a tutela jurídica promulgada em leis penais que passaram por um processo legislativo representativo. A sociedade escolhe os bens jurídicos que devem ser considerados relevantes através do debate entre seus representantes. No entanto, ao permitir a autonomia da vontade entre os envolvidos, no caso concreto, possibilita uma nova dialética que não retirará a relevância construída coletivamente, mas apenas trará a importância dos interesses específicos de cada indivíduo. O processo de resolução de lide penal se torna argumentativo não entre valores coletivos e direito individual do acusado, mas sim entre interesses individuais com tutela de valores da sociedade.

A proteção promovida com o viés democrático pelo sistema penal é tornar o processo o mais racional possível em que possa ocorrer o empoderamento dos indivíduos sem o caráter adversarial. Há a possibilidade de escolha do método de dirimir o caso concreto, bem como o resultado do processo restaurativo.

Não obstante, o pensamento restaurativo não busca negar a viabilidade do processo tradicional, pelo contrário existe a conformidade com mecanismos jurídicos vigentes. A Justiça Restaurativa não é uma panaceia que busca substituir o sistema jurídico moderno, pois não atende a todas as situações, como por exemplo quando não houver voluntariedade dos envolvidos em participar de uma prática restaurativa. A conformidade está em colocar a disposição dos envolvidos uma escolha, a possibilidade de um procedimento restaurativo ou não. Desta forma, o rompimento do paradigma punitivo construído pela racionalidade penal moderna não nega a necessidade de instrumentos tradicionais, mas sim a coexistência de vias de solução de conflito diversas.

5.5 AS CRÍTICAS E MITOS SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Apesar de atender às novas demandas pós-modernas por um sistema de solução de conflitos mais aberto para a individualidade dos envolvidos, a Justiça Restaurativa enfrenta críticas que indicam ainda a forte presença do paradigma

punitivista em âmbito penal. Algumas reflexões sobre a modelo consensual de atendimento às necessidades geradas pela prática de delito transparecem a racionalidade baseada no sistema tradicional.

A Justiça Restaurativa possibilita um espaço de diálogo entre os envolvidos em um fato tipificado como crimes, podendo inclusive abranger situações de conflito fora do âmbito penal. Esta abertura de composição de interesses permite a formação de responsabilidade através da reparação de possíveis prejuízos seja de fator patrimonial ou até mesmo emocional. No entanto, embora o viés reparatório possa obter êxito na pacificação entre os indivíduos em conflito, encontra barreiras sobre sua implementação em âmbito Penal.

Um dos argumentos utilizados contrariamente à ideia de reparação é o de que a sua adoção, como consequência jurídico-penal autônoma do delito, faria o Direito Penal distanciar-se de sua verdadeira função. (SANTANA, 2010, p. 181)

Observa-se que a crítica se produz a partir de um pensamento simplificador sobre a esfera de atuação jurídica penal. A fragmentariedade da tutela jurídica penal estaria definida através da imputação de uma consequência jurídica de caráter sancionador, ou seja, caso houvesse a possibilidade de produção de relação jurídica com a composição entre ofensor e vítima, o bem jurídico protegido deveria sair do âmbito jurídico penal. (SANTANA, 2010, p. 182).

A Justiça Restaurativa propõe mecanismos mais apropriados para a harmonização dos interesses da vítima, ofensor e a sociedade com a característica mais humana na solução de conflitos. No entanto, há um confronto com séculos de legitimação da retribuição do sofrimento causado pelo ofensor.

A Justiça Restaurativa se opõe ao ideário meramente retributivo da pena e propõe um novo modelo de justiça no qual a resposta para o crime, ao invés de impor danos adicionais sobre o ofensor, procura restabelecer a situação violada. (TIVERON, 2014, p. 60)

O paradigma punitivo estabelece uma visão formalista do processo de dirimimento de conflitos. Não há uma sistematização para atendimento da necessidade de cada um dos envolvidos. Embora a vontade do ofendido possa gerar efeitos jurídico-penais, esta sim, está voltada ao afastamento da tutela jurídica, seja excluindo o injusto penal ou como causa de extinção de punibilidade nos crimes de ação penal privada.

Observa-se que a racionalidade retributiva, ainda presente, sobre a função do

Direito Penal o qualifica como protetor de bens jurídicos relevantes mediante aplicação de sanção. Esta perspectiva delimita uma barreira ideológica que cria dificuldades para avanços de soluções que privilegiem os envolvidos em detrimento da formalidade inerente ao processo tradicional.

Nós vemos o crime através de uma lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e ofensor. O processo negligencia as vítima enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. (ZEHR, 2008, p. 168)

A utilização reparação, embora seja um instituto eminentemente de direito extrapenal, é um dos instrumentos que promovem a construção de acordos restaurativos. A indenização de prejuízos causados pela prática do delito, além de atender as necessidades da vítima e oferece ao ofensor a possibilidade de responsabilização sem a imputação de uma sanção.

A reparação como via de pacificação não descaracteriza a relação jurídica penal, pelo contrário, reafirma a efetividade do processo de âmbito penal que, no modelo tradicional que possui enfoque na mera aplicação da norma, torna mediata a harmonização social. Isto é possível em virtude da natureza mais ampla do ressarcimento de danos que possibilita a confiança no sistema jurídico, a pacificação e a responsabilização do ofensor (SANTANA, 2010, p. 188).

Leonardo Sica (2007) apresenta de forma sistematizada diversas críticas à mediação em âmbito penal. A característica principal é que a informalidade, aspecto essencial do modelo restaurativo, afeta diretamente as garantias penais e processuais penais.

O *ius puniendi* possui a natureza de poder-dever do Estado, ou seja, havendo a prática de um delito, há a obrigatoriedade de aplicação da sanção penal como regra. No entanto, esse poder de aplicar a pena tem como limite a própria lei, ou seja, a população se autorregula através de seus representantes que estabelecem dispositivos legais que refletem os valores existentes dentro da sociedade, bem como trazem uma proteção de arbitrariedades exercidas em âmbito público.

A informalidade presente na Justiça Restaurativa não deve ser considerada como ausência de parâmetros legais ou ofensa a garantias dos envolvidos. A possibilidade de um processo de restauração adaptável às particularidades de cada caso e às características dos sujeitos se fundamenta pela natureza não adversarial.

Os procedimentos de composição de interesses podem ser flexíveis, pois não desprezam a vontade dos envolvidos que voluntariamente se abrem para o diálogo.

O ideal da Justiça Restaurativa se realiza apenas por meio da outridade, do colocar-se no lugar do outro, como foco nas possibilidades de futuro ao invés das perdas do passado. Essa premissa é válida tanto para ofensores quanto para as vítimas, a fim de que não fiquem reféns da culpa e do ressentimento gerados pelo crime. Para alcançar esse objetivo, as partes são ouvidas e consideradas em sua inteireza, sem desprezo ou desrespeito aos seus traumas e conflitos. (TIVERON, 2014, p. 172)

Nas práticas que buscam a restauração rompida pela prática de um delito, há uma participação direta nos procedimentos a serem realizados. O processo se pauta através de decisões emanadas diretamente pelos envolvidos, a presença de um preposto do Estado tem o papel de promotor do diálogo promovendo uma dinâmica deliberativa.

O processo penal foi construído através de uma perspectiva de proteção do indivíduo perante o poder do Estado-juiz, ou seja, a possível sanção penal somente possui legitimidade quando houver o respeito às garantias durante a persecução criminal. Assim, os críticos, embora reconheçam que a participação direta dos envolvidos possa solucionar a lide penal, apontam como fator de risco a afronta à legalidade e criação de um direito penal sem respeito aos valores da sociedade (SICA, 2007).

O pensamento tradicional do Direito Penal observa, como fator de efetivação da lei penal, a aplicação da pena, ou seja, a sanção é a demonstração de proteção de valores presentes na sociedade. A crítica ao aspecto consensual da justiça negociada é o afastamento da pena através a vontade de particulares, ou seja, como se a pena fosse a necessária para que haja a proteção e atendimento da relevância dos bens jurídicos para a sociedade.

Na realidade, trata-se da introdução, no âmbito da justiça criminal, de um modelo consensual de solução de conflitos de natureza penal, devendo-se alertar que estamos diante de uma complementariedade entre modelos baseados, um no “conflito”, e outro no “consenso” e de que, este último além de complexo, determina uma nova leitura das bases do processo penal. (SANTANA, 2010, p. 202)

Pode-se afirmar que a legislação penal estabelece a sanção penal como o ponto de chegada da persecução penal. O sistema jurídico tradicional comporta uma forma de pensar a sanção como mecanismo de proteção sedimentando a

característica da necessidade da imputação penal. Para Leonardo Sica (2007, p. 122), “no fundo, a doutrina garantista é utilizada para legitimar uma intervenção penal repressiva e obsoleta”, ou seja, o próprio pensamento garantista reafirma a necessidade do punir. Os direitos e garantias, que protegem o indivíduo de medidas arbitrárias do poder de punir do Estado, são os mesmos elementos que legitimam a sanção penal, ou seja, o castigo é promovido pela proteção ao acusado.

Demonstra Sica (2007) que não há a necessidade de punir, apenas o hábito que atende não ao sentimento da sociedade, mas sim ao exercício de poder institucional. Para o autor, a crítica não se sustenta, pois a visão de um caminho único de deslinde através de violência é uma tendência irracional que impede a evolução da sociedade com permanência da reprodução da cultura do castigo.

O Direito Penal moderno construiu um conjunto de institutos jurídicos que viabilizam o sentimento de justiça na aplicação da pena, no entanto também estabeleceu um pensamento binário sobre a proteção dos bens relevantes para a sociedade, ou seja, a tutela jurídica penal está arraigada à imputação penal, sendo esta responsabilização resumida à natureza retributiva. Esta forma de pensar coloca o enfoque na criminalização e descriminalização das condutas, ou seja, a legalidade se torna o principal legitimador da força estatal sobre o indivíduo, tornando a solução do conflito jurídico viés secundário.

Em outro aspecto, o formalismo tem como objetivo afastar a parcialidade na persecução criminal. A impessoalidade dos procedimentos jurídicos processuais tem como escopo promover um tratamento igualitário a todos os indivíduos que estão em iminente punição do Estado. No entanto, essa busca incessante pelo afastamento de características pessoais engessa a gestão do conflito dentro do processo judicial. “Também às vítimas é negado o poder ao longo do processo penal. Suas necessidades são ignoradas e elas ficam de fora do processo, o que aprofunda o sentimento de vitimização” (ZEHR, 2008, p. 54). O legalismo procedimental reflete o monopólio do Poder sem preocupação com as consequências que possam ser geradas para os envolvidos.

O processo penal tradicional se torna uma gincana para a formação do juízo de reprovação e a valoração da conduta para estabelecimento da pena. Diante deste fato, a judicialização do conflito penal não tem como enfoque principal a pacificação imediata entre os envolvidos, mas sim um conjunto de atos para o estabelecimento da verdade, ou seja, a representação de fatos passados para o

estabelecimento da reprovação. A visão formalista do processo penal estabelece uma confusão entre seu objetivo e o viés restaurativo.

Por sua vez, Leonardo Sica (2007, p. 124) rebate a busca da verdade no processo penal como crítica à Justiça Restaurativa.

O processo adversarial e suas liturgias formais, naturalmente, impedem que as partes se expressem com naturalidade, e, logo, obstaculizem a busca da verdade, não só dos fatos, mas também das impressões e das emoções afetadas pelo fato em julgamento. Um modelo que não recompensa substancialmente a verdade (por exemplo, enriquecendo as possibilidades de aplicação do perdão), não pode sustentar sua exclusividade e sua autoconservação justamente nesse argumento.

Infere-se que a Justiça Restaurativa é observada tendo como parâmetro os pilares da justiça tradicional, que por seu aspecto adversarial e punitivo está mais propensa a utilização de mecanismos de defesa que se geram dúvidas sobre os fatos do que um modelo de comunhão de vontades. O modelo atual de persecução criminal tem como ponto de chegada a provável aplicação da pena prevista, o que fomenta no acusado a busca a qualquer custo evitar o castigo iminente. A lei é o limite para a defesa, mas a verdade não.

A perspectiva de redução de garantias através do modelo negocial de solução de conflitos reflete que o parâmetro adotado é o rito especial o juizado especial. A lei 9.099/95 possibilitou uma iniciativa de diálogo com efeitos jurídicos penais. A composição civil como procedimento previsto para os crimes de menor potencial ofensivo compatibilizou uma necessidade já presente.

Parece bastante evidente que a nova engenharia dos procedimentos dirigidos pela idéia central da autonomia de vontade apresente-se como consequência um tanto inevitável da mencionada opção, sobretudo porque os ritos anteriores, embora concebidos conforme visão dialética de interesses em conflito (ou em contradição), não dispunham de etapas ou *espaços jurídicos* para o diálogo inerente às soluções consensuais (PRADO, 2002, p. 87-88).

As condutas sociais que a sociedade ainda insiste em manter sobre o controle punitivo do Estado, mas ofensividade reduzida necessitavam de um rito mais célere. A iniciativa de diálogo nos juizados especiais apenas deu espaço para a composição civil sem procedimentos que fomentassem soluções que atendessem as necessidades dos envolvidos. O dispositivo legal possibilitou somente os efeitos jurídicos um de acordo civil em esfera penal. Não obstante, para alcançar a

celeridade almejada, ocorreu uma redução da complexidade do rito procedimental. Este fato é encarado como relativização de garantias processuais por uma concepção utilitarista.

O risco de relativização de princípios de proteção individual contra o arbítrio do Estado é apontado ao tratar da abertura de processos informais de solução de conflitos que imputem uma responsabilidade ao acusado de práticas de crimes. Para Prado (2002), a possibilidade de composições iniciada pela Lei dos Juizados Especiais estabelece uma quebra na segurança de que procedimentos de mesma natureza com redução do caráter público e contraditório na defesa sejam utilizados em crimes mais graves. O risco estaria presente no alto índice de incriminação de condutas, inclusive de movimentos sociais, unidos a processos que permitam a disponibilidade de mecanismos de defesa.

Entregar à justiça penal consensual a tarefa de dar solução a conflitos de menor significado social importa apenas em deslocar o conflito sem extrair disso nenhum proveito quanto à coesão do grupo comunitário. Pelo contrário, como foi frisado, o resultado em longo prazo poderá consistir na erosão dos procedimentos de proteção das pessoas em face dos abusos de poder (PRADO, 2002, p. 94).

Observa-se que os parâmetros mencionados para a crítica de uma congruência de vontades no dirimir de conflitos é reflexo do paradigma punitivo. O receio de arbítrio estatal permanece mesmo em modelos de composição de interesses. A conciliação permitida da primeira fase dos ritos especiais dos juizados não caracterizam os princípios basilares restaurativos.

Este pensamento se constata também na exposição de Aury Lopes Jr (2002) que busca demonstrar que a dimensão negociada é um viés do utilitarismo produzindo riscos de uma máxima eficiência com redução de garantias. A crítica toma como ponto de partida a lei 9.099/95 ampliando para outras soluções de conflitos mediadas.

Mais uma vez, a formalidade instrumental é invocada para contrapor uma forma mais aberta e menos intervencionista de findar questões jurídicas penais. Argumenta-se pela relação direta entre a ritualística processual e a proteção dos envolvidos.

O fundamento da existência do processo penal é a *instrumentalidade garantista* e decorre do *princípio da necessidade*, conforme já abordamos em outras ocasiões. Por isso, somos *abolicionistas*

utópicos e garantistas tópicos, buscando soluções dentro do próprio – e imperfeito – sistema penal, através de uma leitura garantista. O ideal, a nosso ver, está na máxima efetivação dos postulados garantistas no processo penal e não um retrocesso a superadas formas de composição de conflitos (LOPES, 2002, p. 100-101).

O parâmetro para as críticas da justiça negocial é o ritual especial para crimes de menor potencial ofensivo, que não possui os mesmos objetivos da Justiça Restaurativa. A baixa ofensividade permitiu a busca pelo utilitarismo ou a celeridade de ritos processuais nos Juizados Especiais.

A Justiça Restaurativa busca atender as necessidades dos envolvidos, atendendo cada caso como único e diversidade de mecanismos para alcançar resultado satisfatório. O modelo de promoção de autonomia de vontade dentro da solução de conflitos se depara com situações ímpares a cada sessão. A celeridade não é um fundamento para este tipo de resolução mediada.

A celeridade não está na pauta do projeto da mediação penal. Pelo contrário, as sessões de mediação podem se multiplicar, sempre que o mediador ou mesmo as partes verificarem essa necessidade. Logo nem sempre que se discute a justiça negociada estabelece-se uma oposição entre garantismo e utilitarismo (SICA, 2007, p. 127)

A informalidade dos procedimentos restaurativos se apresenta com a criatividade dos processos de restauração e não na busca por desafogar a demanda judicial. A necessidade dos envolvidos com a pacificação não é sinônimo de falta de garantias em um processo privado de imposição de responsabilidade. A Justiça Restaurativa propõe que haja um espaço de diálogo entre os envolvidos com preservação de direitos individuais. Assim preceitua o *caput* do artigo 1º e seu respectivo § 2º da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça (2016).

Artigo 1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores e conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

§ 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz o correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e comunidade.

Observa-se que não há um conflito entre o processo convencional e a justiça

negociada. Apenas o enfoque se torna diferenciado, quando a formalidade engessada abre espaço para novas formas de resolução de conflito. O utilitarismo característico de ritos simplificados da justiça convencional não tem relação com a natureza restaurativa. Cada caso será abordado de forma única podendo ter soluções simplificadas que atendam os objetivos de pacificação social ou com a complexidade inerente ao rito processual formal.

Não obstante, o devido processo legal tem como condão a proteção do indivíduo através da promoção de tratamento imparcial pelo órgão público. Esse direito é intrínseco ao indivíduo, e a voluntariedade não afasta a salvaguarda de impedir uma possível arbitrariedade, apenas permite que o envolvido no conflito tenha uma oportunidade de evitar um rito mais complexo de solução de conflito. Para Leonardo Sica (2007), o princípio do devido processo legal abarca também o direito de evitar o processo, desde que haja a opção de participar ou não de outro mecanismo processual ou extraprocessual.

O paradigma punitivo relaciona o devido processo legal à aplicação da imposição da sanção. Uma ligação semântica entre a formalidade com sua natureza pública que não pode ter caráter disponível. Inverte-se o que seria um direito subjetivo dos atores processuais para uma rigidez pela proteção do interesse público.

Visto como imperativo para a imposição da pena em face de toda e qualquer violação das normas penais, o princípio deixou de lado sua feição democrática e liberal, transformando-se mais em comando de proibição/punição, do que interdição ao exercício do poder punitivo e demarcação de fronteiras entre o proibido e o permitido (SICA, 2007, p. 128).

Infere-se que a crítica à Justiça Restaurativa utiliza elementos da corrente garantista penal para afastar a viabilidade de soluções sem a violência do Estado. Essa contradição se manifesta na premissa de que princípios que visam proteger direitos individuais são conclamados para impossibilitar modelos que tem como base a voluntariedade e a humanização no âmbito do conflito penal.

As críticas refletem a forma de pensar moderna sobre o direito penal. O enfoque encontra sua centralização na relação entre autor e Estado, ou seja, os direitos individuais do autor do delito e a feição pública do processo de responsabilização. A prática delituosa é configurada como uma ofensa ao Estado e não a vítima, sendo mantendo a lide através de normas sistemáticas que mantém a

relação pública. (ZEHR, 2008).

Observa-se a evocação de princípios voltados ao caráter público do processo penal tem sido a tônica para críticas que visam obstacularizar a Justiça Restaurativa. O princípio da obrigatoriedade da ação penal que determina a sua propositura impositiva para fatos com indícios de autoria e materialidade é utilizado na reação a modelos negociados de justiça (SICA, 2007).

A obrigatoriedade da propositura da ação penal pública busca impor ao Ministério Público uma imparcialidade em relação às pessoas e uma diligência com violação de normas que tutelam bens jurídicos com maior interesse da sociedade. Debate-se a relativização da proteção de bens jurídicos caso haja procedimentos extra-processuais que produzam efeitos no início da fase processual (SICA, 2007). Argumenta-se que a flexibilização desta obrigatoriedade teria como efeito a disponibilidade da tutela jurídica penal.

A possibilidade de implementação de um processo voltado à voluntariedade e atendimento das necessidades dos envolvidos não se traduz na ausência de proteção, pelo contrário. A Justiça Restaurativa tem o enfoque diferenciado na tutela dos interesses da vítima, criminoso e sociedade. A produção de um processo com efeito jurídico diverso do tradicional, caso seja possível elaborar um acordo restaurativo, não quer dizer ausência de responsabilidade, mas somente a possível não aplicação de punição.

A justificção existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos subjetivos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e da vontade, em que cidadãos livre e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum. (HABERMAS, 2002, p. 273)

Há a necessidade de homologação dos acordos restaurativos para que estes possam produzir efeitos jurídicos quanto a punição do acusado. Assim, não há a renúncia o interesse público pela adoção de um mecanismo com enfoque no atendimento de interesse dos envolvidos. Embora, não haja punição, a tutela jurisdicional continuará presente preservando valores positivados da sociedade.

Outro princípio que é apresentado como obstáculo à instauração da Justiça Restaurativa é a presunção de inocência. As sessões restaurativas permitem que os envolvidos se envolvam de forma pacífica com a presença de um colaborador técnico para promoção do diálogo. Oportuniza-se a alteridade com procedimento

não adversarial em que é possível entender os aspectos pessoais do fato delituoso, a motivação ou o sentimento da vítima. Nesse momento é provável que o autor e ofendido se abram para o diálogo e tratem de elementos sobre o fato delituoso.

No entanto, o receio que o ciclo de diálogo restaurativo afete a presunção de inocência não tem como reverberar, pois a característica essencial desta etapa é a confidencialidade. O espaço de composição de conflito tem como objetivo a construção de confiabilidade dos envolvidos, não podendo ser utilizado no processo tradicional as conversas ali promovidas.

Quanto à presunção de inocência, é uma garantia fundamental que, no âmbito da mediação, é contemplada pela confidencialidade das discussões ocorridas nas sessões de mediação, as quais só podem ser reveladas em juízo com concordância do ofensor e da vítima, ante a possibilidade de viabilizar uma resposta penal mais benéfica. (SICA, 2007, p. 132)

A existência das garantias processuais tem como função principal a proteção do indivíduo em sua relação com o Estado. A racionalidade garantista estabelece uma forma de pensar através da perspectiva formalista na relação entre o poder das instituições e a fragilidade do acusado perante as possíveis arbitrariedades. “Reporta-se, contudo ao princípio da presunção da inocência significa necessariamente inclinarmo-nos, pelo menos inicialmente, ao processo penal acusatório”. (SANTANA, 2010, p. 201). Essa discussão sobre o confronto destes princípios em relação à justiça negociada, não leva em consideração o objetivo final de pacificação social, mas tão somente a aplicação da normal jurídica penal.

A utilização de garantias processuais como obstáculo para um modelo não punitivo ou que abrande as consequências jurídicas com respeito a vontade dos envolvidos produz o efeito contrário à proteção. Em um processo aflitivo, a observação das formalidades procedimentais se torna legitimadora da punição inflingida através da condenação.

A ótica do estrito garantismo é o oferecimento de garantias ilusórias num quadro punitivo exacerbado no qual, tal como se acostumou a observá-lo, respeita-se todas as garantias do acusado, mas o fim o caminho é único: a pena e severa. (SICA, 2007, p. 135)

Apesar da possibilidade de procedimentos sem a aflição própria do sistema punitivo e estigmatizante ao acusado ser uma via de pacificação social, o pensamento construído na modernidade com o monopólio do Estado cria obstáculos

a nova forma de pensar o Direito Penal. A obrigação de punir permanece ainda enraizada ao utilizar institutos que em tese seriam uma garantia, mas que impedem uma responsabilização sem punição.

Uma possível colisão entre o interesse público e a possibilidade de composição de vontades privadas na esfera penal é uma das críticas realizadas à elementos adotados pela Justiça Restaurativa (CARVALHO, 2002). O Direito Penal tem como função principal a proteção de bens jurídicos relevantes, diante de tal constatação, o caráter subsidiário se torna mais um argumento contra a consensualidade no âmbito penal.

A criminalização de condutas possui a aparente, em alguns casos, necessidade de inserção do fato no âmbito jurídico penal. Esta situação de demanda de tutela penal torna os conflitos mais voltados ao interesse público, embora haja exceções em que o legislador selecionou como possível a possibilidade de renúncia ou perdão do ofendido da ação penal desde que privada.

Soma-se a sedimentação de disponibilidade da tutela penal, o rito procedimental especial dos Juizados Especiais que estabelecem para crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais a possibilidade de composição civil ou transação penal. Estes institutos não possuem o viés restaurativo ou harmonizador, apenas detém o caráter instrumental para desafogar a demanda jurisdicional. “No Brasil, o fato que a justiça consensual resume-se ao objetivo utilitário de esvaziar prateleiras e aliviar a máquina estatal de suas funções essenciais.” (SICA, 2007, p. 149).

Apesar das soluções alternativas ao processo adversarial, em matéria penal, ser compatível com a humanização e autonomia dos envolvidos, a Justiça Restaurativa recebe críticas que primizam o modelo punitivo positivado. Observa-se que a perspectiva que toma como parâmetro os institutos jurídicos voltados a atender a dinâmica tradicional da jurisdicalização do conflito.

Segundo seus críticos, a incorporação das chamadas práticas restaurativas no âmbito em que opera o modelo tradicional de Justiça penal, geraria uma autêntica distorção da função do sistema penal, desviando-se assim das pautas que devem orientar a política criminal e o sistema de persecução penal do Estado. (SILVA, 2011, p. 04)

O paradigma punitivo reforça a ideia de quanto mais amplo o âmbito penal tradicional, maior a tutela jurídica dos bens relevantes. Há um movimento de

expansão de crimes de perigo abstrato, bem como a criação de crimes vagos. Além desta faceta da política criminal ainda presente, a aplicação da sanção penal se transformou na expressão mais evidente de atuação do Estado nessa proteção.

Percebe-se, portanto, que o direito penal contemporâneo, devido ao processo de alta demanda criminalizadora, fruto do ingresso de novas formas de violação aos bens jurídicos (conflitos coletivos e transindividuais), padece de uma 'elefantíase legislativa' que resulta na perda dos limites substanciais entre ilícitos penais e administrativos. (CARVALHO, 2001, 81)

A proposição de modelos alternativos de solução de conflito encontra a barreira política-ideológica que utiliza o ideário de segurança da sociedade para estabelecer a necessidade leis criminalizadoras e mais severas na resposta ao fato delituoso. A contradição do discurso punitivo-protetor está na crescente criminalização de condutas difusas, com aumento da população carcerária e acompanhada da contínua prática de delitos.

O Direito Penal contemporâneo ainda mantém presente a forma de pensar o processo de responsabilização por comportamentos indesejados carregada de caráter retributivo e preventivo. O legislativo mantém a produção de dispositivos legais que possuem uma relação utilitarista com a ideia de prevenção através do endurecimento da resposta penal e o paradigma penal moderno, mesmo em crise, encontra parte da doutrina que busca legitimar teoricamente a função de proteção através da sanção.

Portanto, é possível afirmar que uma das causas que contribuem para que a legislação penal nesse âmbito tenha um caráter simbólico, consiste em que o sistema penal e processual penal continua voltado em boa medida para a perseguição da chamada delinquência clássica. (SILVA, 2011, p. 10)

O processo restaurativo de composição de interesse dos envolvidos, por mais inovador que seja os procedimentos, é criticado mediante lógica penal institucional. O reflexo do paradigma penal é encontrado nos questionamentos sobre a necessidade de controle institucionais tradicionais, quando há autonomia da vontade das partes no acordo restaurativo.

Em meio à possibilidade de entendimento das partes sobre as consequências e mesmo sobre as circunstâncias do delito e suas chances de reparação, qual o intuito de haver a obrigatória submissão do diálogo a um juízo prévio que vai se fundar, nos

mesmos elementos para, talvez autorizar a prática? (DIVAN; HUMES, 2010, p. 57)

Infere-se do questionamento acima que o enfoque está voltado ao monopólio do Estado em matéria penal, ou seja, os benefícios da Justiça Restaurativa possuem uma relevância secundária em relação aos parâmetros do modelo atual. Há a manifesta expressão de necessidade de controle institucional sobre a vontade das partes quando se trata da implementação de modelos que comportem uma redução da atividade jurisdicional. “Parece tarefa impossível para o sistema penal aduzir para si formas de administração estatal dos conflitos que lhe retirem mesmo parte (pequena) da ingerência que a história lhe conferiu” (DIVAN; HUMES, 2010, p. 57).

O paradigma penal construiu uma forma própria de pensar sobre os conflitos que afetam bens considerados relevantes pela sociedade. Essa racionalidade tem como característica a busca pela formação de institutos jurídicos de maneira conceitual, ou seja, o enrijecimento da criatividade e flexibilidade de procedimentos partem desde a criação até a produção científica do seu conceito.

Uma das críticas presente à Justiça Restaurativa está na fluidez dos processos de restauração que podem ser promovido entre os envolvidos, que por atender a particularidade de cada caso, apresentam maneiras diversas de composição de interesses. A busca por uma definição aliada a perspectiva conceitual limitante produz divergências que acabam sendo utilizadas de forma deslegitimadora do novo modelo de soluções de conflito.

Ainda sobre a variedade de conceitos ligados à justiça restaurativa, afirma-se que isso só vem a reforçar o seu caráter “flexível” e, mais ainda, indica que circunscrevê-la em conceitos pré-definidos iria contra seus princípios de informalidade, inibindo seu desenvolvimento. Outros pensam de maneira contrária e argumentam em favor de uma melhor definição do modelo e de suas práticas. (TONCHE, 2016, p. 132)

Essa tendência a classificações possibilita uma propensão ao confronto entre os dois modelos soluções de conflitos penais, o modelo tradicional e a Justiça Restaurativa. Não há como negar a existência de diferenças, no entanto, a produção de um embate não reflete a proposta da Justiça Restaurativa, que é ser um modelo humanizado de composição voluntária que atenda aos interesses da vítima, ofensor e comunidade, alternativo ao processo penal, sem excluí-lo. “Dessa forma, é possível observar como este tipo de definição (dualista) abre margem para uma

série de críticas direcionadas ao modelo restaurativo”. (TONCHE, 2016, p. 134)

Apresenta-se uma nova forma de solucionar conflitos penais que, por não se enquadrar nos moldes convencionais, encontra barreiras que tem como fundamentos teorias que são voltadas ao modelo tradicional. Essa racionalização do direito penal se expressa como uma unidade paradigmática que estabelece, ao Estado, uma obrigação de punir, ou seja, procedimentos que eliminam a necessidade de consequências de natureza sancionatória não estariam adequadas à tutela jurídica penal. “Dessa forma, a recorrência enunciativa da ideia da obrigação de punir forma a identidade penal do sistema de direito criminal moderno.” (TONCHE, 2016, p. 136).

O Conselho Nacional de Justiça lançou edital em 2016 para convocação de projetos voltados à produção de pesquisa empírica sobre programas pilotos de implementação da Justiça Restaurativa. A Fundação José Arthur Boiteux da Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis realizou a pesquisa intitulada “Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário”, coordenada pela Prof^a Doutora Vera Regina Pereira de Andrade que deflagrou trabalho de campo, no período de outubro de 2016 à junho de 2017, em 20 unidades jurisdicionais, diversificadas em 16 cidades brasileiras e publicada na 2^a Edição da Série Justiça Pesquisa no ano de 2017 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 22)

A pesquisa apresentou um caminho a ser percorrido no que se refere à noção de Justiça Restaurativa. Há uma conotação, ainda presente, do parâmetro estabelecido sobre processo de solução de conflito que remonta ao processo tradicional. Observa-se um conjunto de representações presentes, mesmo em unidades judiciais, que podem ser enquadrados no paradigma penal moderno, que a pesquisa denomina como “mitologia da Justiça Restaurativa”.

De qualquer sorte, no bojo da luta pelo predomínio dos significados, o mais importante para o presente da Justiça Restaurativa judicial parece ser a superação daqueles desvios feitos mitologias, de cuja superação depende, ao ver das pesquisadoras, a caminhada da Justiça Restaurativa em direção à transformação das subjetividades, da justiça e da sociedade, em detrimento da sua ressignificação e colonização, pelo próprio sistema de justiça penal e juvenil, como mera técnica ou tecnologia de controle social e dominação: uma ilusória mudança de paradigma. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 145)

A pesquisa apresenta alguns mitos sobre a Justiça Restaurativa que coadunam com as críticas evidenciadas neste trabalho acadêmico. O primeiro mito é a função de celeridade, ou seja, a Justiça Restaurativa teria como objetivo ser uma alternativa mais rápida de gerenciamento de conflitos penais, em relação ao processo penal comum. “É comum a visão de que a Justiça Restaurativa pode concorrer para desafogar o Judiciário, por ser uma justiça informal mais simplificada e célere. Nada mais superficial diante dos achados do campo”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 146).

A Justiça Restaurativa não se limita apenas à aplicação da norma jurídica penal. Há um processo de reconstrução de aspectos patrimoniais, emocionais e sociais. Nesta senda, os procedimentos necessitam ser diversificados para atender as particularidades de cada envolvido com a possibilidade de participação da sociedade.

Não há bases teóricas ou práticas que possam afirmar que os procedimentos restaurativos têm como função ser uma ferramenta de atividade jurisdicional com duração mais veloz. A ausência de rigidez, no aspecto formal, pode gerar procedimentos que facilitem uma composição de interesses entre os envolvidos, no entanto, não reflete necessariamente em produção célere de acordo restaurativo.

Para a Justiça Restaurativa, portanto, o crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e relações interpessoais. Ele não é um conceito estritamente jurídico ou um embate entre o indivíduo e o Estado, mas um conflito entre indivíduos e, em consequência, o foco do seu processo é a restauração. (TIVERON, 2014, p. 291)

O restabelecimento da confiança entre as partes, comunidade e no próprio passa por particularidades individuais sem previsibilidade em relação ao tempo. Infere-se que a celeridade é uma característica atribuída à modalidade de composição de interesses, como a conciliação, que não tem como foco a reparação ampla objetivada pela Justiça Restaurativa.

Outro mito apontado pela pesquisa é a formação instantânea de facilitadores para a prática restaurativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 146). O facilitador é essencial para a produção de um processo restaurativo eficaz. A ação deste ator estabelece um diálogo qualificado em uma relação manchada pela prática de um delito.

Esta visão errônea pode estar relacionada à experiência do rito especial

previsto na primeira fase da Lei 9.099/95. Para contravenções penais e infrações de menor potencial ofensivo, há a previsão legal de composição civil entre os envolvidos, no entanto a ritualística apenas possibilita a declaração entre audiência de acordo entre ofensor e vítima. Não há uma preparação multidisciplinar prévia de colaboradores que possam facilitar o diálogo ou atendimento de necessidade de ambas as partes.

A atuação do facilitador vai além de marcar o encontro e perguntar as partes se há a possibilidade de acordo. O papel do colaborador é promover mecanismo de restauração do diálogo com a proposta de atender as necessidades dos envolvidos no conflito penal.

O modelo restaurativo demanda uma reformulação do papel tradicional do mediador, requerendo que eles abandonem uma postura voltada para elaboração de acordos, para assumir outra que priorize o diálogo e a ajuda recíproca. (TIVERON, 2014, p. 301)

Não há uma fórmula pronta com um roteiro a ser memorizado pelo colaborador que busca o acordo restaurativo. Apesar de manter princípios norteadores do modelo tradicional como a imparcialidade, a neutralidade do facilitador tem um aspecto peculiar, pois sua função é fornecer elementos essenciais para que haja um diálogo qualificado entre vítima, ofensor e comunidade.

Não há o objetivo de impulsionar a produção de um acordo, mas promover uma linguagem não adversarial entre os envolvidos, ou seja, desconstruir uma mentalidade punitiva comum nos casos de conflitos penais. O facilitador deve ter a capacidade de identificar as particularidades de cada pessoa e buscar uma saída para a restauração. “A justiça não pode garantir nem forçar a reconciliação, mas deveria oferecer a oportunidade para que aconteça” (ZEHR, 2008, p. 177). Assim, a formação continuada é necessária em virtude do papel essencial no processo restaurativo.

Por sua vez, há o mito da criminalidade leve como âmbito de atuação da Justiça Restaurativa, bem como da impossibilidade de aplicação em casos de violência doméstica. A pesquisa faz a ressalva que essa forma de pensar se encontra enquadrada com em perspectivas positivista do Direito Penal. “Essa visão não se consolidou a partir de um debate aprofundado sobre a gravidade das condutas tipificadas como crime, mas a partir de uma visão seletiva, estereotipada e estigmatizante” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 147).

A racionalidade penal atribui uma barreira para o modelo alternativo de solução de conflito a partir da perspectiva de gravidade do delito. Esta visão simplista cria obstáculos à aceitação de implementação de políticas restaurativas voltadas à criminalidade em âmbito de violência familiar. Parâmetros de importância do bem jurídico e a proteção a partir da sanção penal favorecem a força paradigmática que dificulta o atendimento de envolvidos nessas espécies de criminalidade.

Perguntado aos juízes a respeito da viabilidade da Justiça Restaurativa em situações graves, escutou-se em campo depoimentos muito diversificados, tanto de juízes que diziam “não estar preparados para trabalhar com crimes graves” ou “ainda não cheguei ao abolicionismo”; ou “não há como aplicar técnicas de mediação nas questões de gênero, onde há uma desigualdade nas relações”, quanto escutou-se depoimentos de juízes que, rompendo com o mito, defendiam sua extensão a todas as condutas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 148-149)

Observa-se que as declarações evidenciadas na pesquisa demonstram que há a presença da dicotomia entre paradigma punitivo e modelo alternativo de solução de conflito penal. Não há razões para que se estabeleça uma diferenciação entre espécies de criminalidade para a prática de procedimentos restaurativos. A força atrativa do pensamento penal moderno, através de institutos estanques, promove uma ideia equivocada que não há proteção do acusado ou dos interesses da sociedade, se houver uma adequação de procedimento em virtude da particularidade dos envolvidos.

Justiça Restaurativa não se limita pela espécie de criminalidade, mas pela voluntariedade dos envolvidos. A racionalidade penal punitivista, ainda presente dentro de setor do Poder Judiciário, estabelecendo obstáculos prévios em virtude de parâmetros contemplados em elementos tradicionais, ou seja, o enfoque na sanção penal e a relação entre o ofensor e a lei penal.

Em virtude do seu potencial para promover o desencarceramento e por ser erroneamente encarado como uma forma de os ofensores se beneficiarem ou de evitarem o processo penal, o modelo restaurativo não é imediatamente aceito como uma resposta a todo tipo de crime. (TIVERON, 2008, p. 439)

Mesmo em crise, há ainda o reflexo do paradigma penal moderno, cuja perspectiva sobre o processo de responsabilização gera uma visão equivocada sobre modelos diversos de solução de conflito. A busca por reflexões que atendam o

modelo punitivista produzem percepções seja sobre o passado ou sobre o futuro para explicar a necessidade de previsões de comportamentos e sanções aflictivas pelo descumprimento.

Habitados como estamos a um mecanismo definido de ordenação, administração e cumprimento da lei, procuramos algo análogo em uma comunidade selvagem e, não encontrado nenhum arranjo similar, concluímos que toda lei é obedecida por essa misteriosa propensão o selvagem à obedecê-la. (MALINOWSKI, 2003, p. 18).

Embora análises criminológicas demonstrem a subsidiariedade do Direito Penal na regulação de condutas, há uma força atrativa do pensamento que contemple a sanção como prevenção de infrações penais. Evidente que as promessas do paradigma penal moderno não foram atendidas, ou seja, há uma contradição entre as teorias construídas para legitimar a sanção penal com base na retribuição e prevenção, em relação ao resultado alcançado pelo modelo tradicional.

O paradigma punitivo, ainda vigente, mantém-se corroborado com séculos de construção filosófica que justifiquem o monopólio do Estado na solução de conflitos. A força como mecanismo de pacificação social encontra fundamento na própria formação do Estado Moderno, bem como teorias que legitimam essa realidade social.

O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. (FERRAJOLI, 2002, p. 197).

Não obstante, o Direito Penal teve sua construção filosófica voltada a explicar ou legitimar a aplicação da sanção, uma ciência jurídica do punir. Essa herança de pensamento coletivo estabeleceu a formação de paradigma punitivo que configurou o sistema jurídico penal que tem como início a criminalização de condutas e como fim a aplicação da sanção prevista.

Entre o ponto de partida e a chegada culminada na imposição de uma sanção ao ofensor, há o exercício do Poder do Estado. A formação processual penal tradicional é voltada para o ofensor, destinatário da lei penal violada, bem como dos direitos e garantias inerentes à legitimar a violência empregada na punição. Assim, apesar das demandas por uma atividade jurisdicional mais humana no atendimento aos conflitos presentes oriundos da sociedade, há a necessidade de transpor o modelo sedimentado e ainda vigente.

Em que pesem os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação da autoridade, o direito penal como exercício de poder (SICA, 2007, p. 119)

A atuação estatal, principalmente, quando se manifesta para dirimir conflitos marcados pela fragilização das partes e rompimento do tecido social deve buscar atender a necessidade de reconstrução de sentimento de autonomia. No entanto, o que se observa no modelo tradicional é o enfoque na punição como viés único e pacificador.

Podem-se encontrar diversos fatores que estabeleçam um grau de autonomia na obediência às normas presentes na sociedade. No entanto, o sistema jurídico penal foi construído tomando como alicerce a prevenção, seja geral ou especial, como legitimadora do uso da coação estatal. A crise atual do paradigma punitivo demonstra que há outras motivações para que os indivíduos caminhem conforme as regras positivadas de comportamento.

A ameaça de coerção e o medo da punição não afetam o homem comum, seja ele selvagem ou civilizado, enquanto, por outro lado, são indispensáveis em qualquer sociedade em relação a certos elementos turbulentos ou criminosos. Além disso, há um certo número de leis, tabus e obrigações em toda cultura humana que muito pesa sobre todos os cidadãos, exigindo grande auto-sacrifício, que é obedecido por razões morais, sentimentais ou reais, embora sem qualquer “espontaneidade”. (MALINOWSKI, 2003, p. 18)

A demanda por participação se apresentara com maior força na atividade jurisdicional. Não obstante, o postulado democrático impõe uma efetiva autodeterminação dos indivíduos e não somente a escolha de representantes. O Direito Penal contemporâneo não pode ficar alheio a formação de mecanismo de empoderamento das particularidades de cada pessoa.

O caráter substitutivo da atividade jurisdicional deve ter natureza subsidiária, ou seja, a vontade do Estado-juiz somente deve substituir a vontade das partes quando houver o desequilíbrio e a ausência de voluntariedade. Uma sociedade pós-moderna, com particularidades convivendo com o espaço comum, demanda uma atuação pública que respeite a capacidade de autocomposição de interesses entre os envolvidos.

A preocupação central está voltada a garantir a cada um a mesma liberdade para levar uma vida autêntica, autodeterminada. A partir dessa visão cabe à autonomia pública dos cidadãos do estado que participam da práxis autolegislativa da coletividade possibilitar a autodeterminação pessoal das pessoas em particular (HABERMAS, 2002, p. 119)

A formalidade atendia uma relação que tem como característica a força legitimada do Estado e o respeito aos direitos individuais do acusado, ou seja, o sistema jurídico tinha como demanda critérios objetivos de aplicação da norma penal.

As novas demandas jurídicas exigem um sistema mais aberto a particularidades de cada caso. A natureza informal e criativa da Justiça Restaurativa possibilita uma fluidez para adaptação de processo de restauração do sentimento de autonomia entre as partes. No modelo restaurativo, o atendimento da necessidade dos envolvidos com a preservação do interesse da sociedade permanece no centro da atividade jurisdicional.

Neste ponto, a Justiça Restaurativa tem muito a oferecer, como soluções mais apropriadas, reparadoras, criativas, estabelecidas pelas próprias partes. Num acordo restaurativo, as soluções são lastreadas na diversidade, com alta sensibilidade para as condições locais e pessoais da ofensa e de suas circunstâncias. (TIVERON, 2014, p. 53)

Diante da crise do paradigma punitivo, bem como da possibilidade de atendimento das necessidades dos envolvidos em conflito penal com processo restaurativo de aspectos diversificados dos envolvidos, a Justiça Restaurativa se apresenta como um modelo de pacificação social mais humano e democrático. Não constitui ainda as condições de ser um novo paradigma, mas servir como uma unidade sintetizada de procedimentos restauradores de relações e pacificação social. “Quem sabe possa ao menos nos fazer pensar cuidadosamente antes de infligir dor a alguém” (ZEHR, 2008, p. 214). Não obstante, não tem a pretensão de resolver todos os conflitos, mas naqueles em que for possível, transformar o sofrimento em paz.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada época histórica possui uma visão própria de mundo. Observa-se a mudança no pensamento mediante contemplação das etapas mais marcantes da humanidade. A simbiose entre direito e sociedade estabelece parâmetros de comportamentos sociais que refletem a necessidade de cada era. O homem ao se relacionar com outros sempre necessitou de medidas que pudessem limitar o rompimento do tecido social.

Os mecanismos da pré-modernidade, com ausência de um Estado de Direito estabelecia seus comportamentos através de força material submetendo indivíduos ou grupos sociais às normas ligadas, principalmente, a sobrevivência da coletividade. O tecido social era formado por grupos que possuíam modelos próprios para a qualificação de condutas como crimes merecedores de punição. Dependendo de cada âmbito havia diferentes formas de composição de conflitos. A forma de solução do conflito era baseada na vingança desproporcional e submissão de grupos, no entanto, era possível identificar a reparação como um mecanismo de pacificação social em algumas sociedades pré-modernas. A pena retribuía um mal causado sem instrumentalidade ou garantias do indivíduo. A aplicação da sanção ficava a cargo de quem detinha o poder no grupo social.

A formação do Estado Moderno constrói o paradigma punitivo. Há uma relação direta entre poder centralizado e pensamento punitivo. Os filósofos promovem produções científicas para justificar o monopólio do poder punitivo nas mãos do soberano. A defesa social se torna o elemento justificante.

A modernidade afastou do contexto jurídico a influência de outras ciências e outros fatores sociais como a moral, a religião. A emersão do indivíduo como sujeito autônomo, nas águas da coletividade, contemplou um conjunto de garantias que pudessem protegê-lo das arbitrariedades do Estado Moderno. A democracia permitiu a noção de que o ente estatal originava da vontade do povo que se limitava através de previsões de comportamentos abstratos necessários à manutenção de uma ordem social estruturada. O conjunto normativo jurídico obedece, agora, ao contrato estabelecido entre a sociedade e Estado. A carta política torna parâmetro para o Direito Penal que deve respeitar princípios protetores do cidadão.

A sanção, por sua vez deixa, de ter apenas o aspecto retributivo e passa a ter uma instrumentalidade definida, a prevenção. A ciência jurídica penal observa a

pena através da sua finalidade, legitimando a sua aplicação. A pena se torna o cerne da discussão científica, explicando a sua eficácia para a manutenção de ordem social. A ausência de preservação seja geral ou especial, positiva ou negativa reflete na própria necessidade do Direito Penal como se a única via possível para solução de um conflito caracterizado como delituoso fosse a sanção.

A modernidade se caracteriza em um período de vigência do paradigma punitivo. A evolução científica penal dos elementos componente da racionalidade penal moderna se estabeleceu dentro de uma ordem acumulativa de conhecimento. O sistema jurídico é contruído para legitimar a aplicação da lei, conformando a lógica do crime-pena. No campo teórico, as teorias se desenvolvem buscando uma verdade universal e a generalização dos atores do conflito se torna marca predominante do pensamento moderno.

A pluralidade de interesses sociais convivendo e se renovando em um mesmo espaço proporcionou uma participação política mais ampla do que somente fazer parte de uma maioria. A democracia fornece espaços para que as minorias possam exercer suas individualidades, realizando a aproximação entre autonomia pública e autonomia privada. O direito sofre o impacto do descrédito de soluções unilaterais do Estado detentor da produção e aplicação das normas. A imposição de penas se deslegitima a partir da observação de que o modelo construído para evitar comportamentos nocivos além de não conseguir reduzir o quadro criminológico, mantém os efeitos psicológicos e sociais destas condutas.

O paradigma punitivo não contempla novas demandas. A função do Direito Penal de prevenção de comportamentos indesejados seja em caráter geral ou especial, não está sendo alcançado. Forma-se a crise entre realidade e fundamentos teóricos do Direito Penal. Este período de crise possibilita a ascensão de outra forma de pensar este ramo do Direito.

O direito tem o caráter de ciência social aplicada e a pós-modernidade, com a nova forma de observar, o mundo contribuiu para quebrar barreiras que produziam um limite para aplicação de institutos jurídicos de âmbito público e privado. Uma simbiose entre institutos de ordem social e privada caracterizam o novo direito. O formalismo perde espaço e a solução de conflitos, com satisfação material, é a nova forma de pensar o direito. Os princípios e valores na pós-modernidade ganharam aspectos normativos e pragmáticos, transformando o conjunto normativo de acordo com a finalidade de fazer justiça.

Pode-se constatar que, embora a Justiça Restaurativa atenda as novas demandas jurídico-penais, priorizando as necessidades dos envolvidos em conflito penal. No entanto, séculos de paradigma punitivo ainda reverberam sua força atrativa sobre a forma de pensar o Direito Penal.

Este fato pode ser observado nas críticas à procedimentos consensuais presentes na Justiça Restaurativa. Embora a sociedade esteja mais aberta para as características individuais, o Direito Penal ainda é conformado teoricamente mediante monopólio estatal e formalização de procedimentos. As indagações sobre a possibilidade de implementação do processo de restauração através da autonomia de vontades das partes possuem como parâmetro o Paradigma Penal surgido na modernidade. As garantias que deveriam fornecer proteção aos indivíduos em relação ao Estado são utilizadas como argumentos filosóficos para oposição de acordos restaurativos em âmbito penal.

A Justiça Restaurativa se apresenta como candidata a construção de novo paradigma sem negar institutos necessários do modelo tradicional. A inovação é constatar que o crime é o rompimento de uma relação social que precisa ser restabelecida, o Direito Penal se torna seara de soluções de conflitos consensuais e a reparação é a terceira via ao lado da pena e da medida de segurança. Na pós-modernidade, a Justiça, cada vez mais, deixa de ser uma deusa de olhos vendados e passa a enxergar cada pessoa em sua individualidade, adotando soluções jurídicas adequadas a cada caso.

As particularidades de cada indivíduo comportam uma flexibilidade nos modelos de persecução criminal. Essa fluidez procedimental da Justiça Restaurativa transforma o processo de solução de conflito em um espaço de atendimento das necessidades, restauração da autonomia do ofendido e responsabilização do acusado de forma mais humana de acordo com cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR PEREIRA, Elizabete Monteiro et al. A construção do conhecimento na modernidade e na pós modernidade: implicações para a universidade. **Ensino Superior Unicamp**, 2015. Disponível em <[HTTP://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp/artigos/a-construcao-do-conhecimento-na-modernidade-e-na-pos-modernidade-implicacoes-para-a-universidade](http://www.revistaensinosuperior.gr.unicamp/artigos/a-construcao-do-conhecimento-na-modernidade-e-na-pos-modernidade-implicacoes-para-a-universidade)> Acesso em 01 de Jun. 2018.

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva]. 2ª Edição – São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDER-EGG, E. **Introducción a las técnicas de investigación social: para trabajadores sociales**. 7ª edição. Buenos Aires: Humanitas, 1978.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. – Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Tradução João Roberto Martins Filho – São Paulo: Brasiliense, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo – 10ª Edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. **Nova Justiça Penal: Com ou Sem Juízo?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios / da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. – Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos – 3ª Edição – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Do Delito e Das Penas**. 1764. E-books – Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em <[HTTP://www.ebooksbrasil.org/adobe/delitosB.pdf](http://www.ebooksbrasil.org/adobe/delitosB.pdf)> acesso em: 13 de Dez. 2017.

BENJAMIN, Walter. Magia e técnica, arte e política/Ensaio sobre literatura e história da cultura. **Obras Escolhidas**. volume 01. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. 3ª Edição. Brasiliense. São Paulo. 1987.

BITTAR, Eduardo CB. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankurtianas.** – 2 ed. rev, atual e ampliada – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009

_____. **Curso de Filosofia do Direito.** – 12 ed. ver., atual. e ampli. – São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia Do Direito.** Tradução e Notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BURNS, Edward Mcnali. **História da Civilização Ocidental.** Tradução Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado, Leonel Vallandro. 5ª edição, Volume I – Rio de Janeiro: Globo, 1974.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: orientado para a vítima** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil.** – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** Tradução Eliana Granja... et al. – São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** 5ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário. **Justiça Pesquisa.** 2ª Edição. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/0f246a4a1036f559e279967762c235bb.pdf>>. Acesso em: 28 Jun. 2018.

_____. **Resolução nº 225**, de 31 de maio de 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>, acesso em 30 Jun. 2018.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

DESCARTES, René. **Discurso do Método.** Tradução Maria Ermantina Galvão – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6ª edição – São Paulo: Saraiva, 2003.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Introdução à teoria da ciência**. 4ª edição, revisada e ampliada – Florianópolis: UFSC, 2017.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Paulo Neves: revisão da tradução Eduardo Brandão – 3ªed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EPSTEIN, Isaac. Thomas S. Kuhn: a cientificidade entendida com vigência de um paradigma. *In*: OLIVA, Alberto (org.). **Epistemologia: a cientificidade em questão**. Campinas: Papirus, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. e ampli. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito** – São Paulo: Atlas, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as forma jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FURMANN, Ivan; SILVA, Thaís Sampaio da. **Direito Pré-Moderno/Um contributo histórico e uma crítica presente**. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 939, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7902/direito-pre-moderno>>. Acesso em 11 out. 2017.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do direito; dos sumérios até a nossa era**. – 2.ed. atual. e aum. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – 18ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – estudos de teoria política**. São Paulo, SP: Loyola, 2002.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de estudos criminais**, n. 8, p. 54-66, 2003.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____ **A Razão na História: uma introdução geral à filosofia da história**. Tradução de *Beatriz Sidou*. 2ª edição – São Paulo: Centauro, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Col. Os Pensadores. Trad. : João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline de. **Penas Perdidas. O Sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karam, v. 2. Rio de Janeiro: Luan, 1993.

JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena, traducción de Manuel Cancio Meliá. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, n. 16, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica e Costumes**. Tradução Lourival Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

_____. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Valério Rodhen. Edição Bilingue. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira - 12 Ed.. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, KARL, Hans. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 6ª ed. - Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONELLI, Domingos; OLIVEIRA, Dante. **Diretas Já/15 meses que abalaram a ditadura**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. **Diálogos sobre a justiça dialogal**. In: Salo CARVALHO e Alexandre (org.) Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

LUCKESI, Cipriano Carlos. **Introdução à filosofia: aprendendo a pensar**. 4ª edição – São Paulo: Cortez, 2002.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa; posfácio: Silvano Santiago – 12ª ed. - Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 6ª edição – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **Fundamentos de história de direito**. Antonio Carlos Wolkmer, organizador – 2ª ed. 4 tir. ver. e ampli. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na sociedade selvagem**. Tradução Maria Clara Corrêa Dias; revisão técnica de Beatriz Sidou – Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal** – São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN: junho de 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, p. 105-128, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 1ª Edição. São Paulo: Lamonad. 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. – 23ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OSTERNE, Maria do Socorro F.; BRASIL, Glaucéria Mota; ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. **A produção do conhecimento nas ciências sociais e a provisoriedade da realidade material e simbólica**. Revista Serviço Social & Sociedade. n. 113. São Paulo Jan./Mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000100007&lng=pt&tlng=pt> Acesso em 14 out. 2017

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Fundamentos de história de direito**. Antonio Carlos Wolkmer, organizador – 2ª ed. 4ª tir. ver. e ampli. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos Cebrap**, v. 68, n. 3, p. 39-60, 2004.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** – 27 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2004.

ROSA, Luiz Carlos Mariana da. Popper e a objetividade do conhecimento científico: a ciência provisória e a verdade temporária. **Cognitivo – Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia**. São Paulo: Centro de Estudos de Pragmatismo/Programa de Estudos de Pós-graduados em Filosofia/Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Volume 8, Número I, Janeiro-Junho, p. 17-28, 2011.

RODRIGO, Lidia Maria. **A questão da cientificidade das ciências humanas**. Revista Pro-posições, vol. 18 – Jan/Abr 2007 Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/proposic/article/view/8643574>> Acesso em 14 out. 2017.

ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas**. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

_____. **Derecho Penal: parte general, t. I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tomo I**, Traducción de Luzón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Madrid-Espanã: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus et al. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Traducción Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantízano. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTANA, Selma Pereira. **Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.**

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**. v. 2, n. 2, p. 46-71, 1988.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Zahar. 1984.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa: Um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. **Lei e Ordem x Justiça Restaurativa – análise crítica das políticas criminais face à realidade brasileira**. 2011. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/artigos/2011/08> acesso em 25 Jun. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito – São Paulo: Saraiva, 2013.**

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. – Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

TRUJILLO FERRARI, Alfonso. **Metodologia da ciência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974.

TONCHE, Juliana. Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna: Uma real inovação em matéria penal?. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 3, n. 1, jan 2016, p. 129-143.

WEBER, Thadeu. **Pessoa e Autonomia na Filosofia do Direito de Hegel**. Revista Veritas. Porto Alegre v. 55, nº 03, set/dez. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/8096/5754>>. Acesso em 30 mar. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de la penas perdidas: deslegitimation y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre a justiça e o crime.**
Tradução Tônia Van Acker – São Paulo: Palas Athena. 2008.