XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

GIOVANNI OLSSON

VALDIRA BARROS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valdira Barros; Giovanni Olsson.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça". A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de "Democrático" e "de Direito".

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.

LANGUAGE AS A FORM OF CLARIFICATION OF THE FACTS: THE REAL TRUTH FROM THE METHODOLOGY OF RESTORATIVE JUSTICE.

Simone Matos Rios Pinto [1]

Resumo

O artigo propõe a análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. A pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando adota-se a metodologia restaurativa.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito, Linguagem, Verdade real, Justiça restaurativa

Abstract/Resumen/Résumé

The article proposes the critical analysis of the quality of the criminal response to the criminal offense. The sentence, as a political act and social transformation, if not based on the arguments of the real involved, will not find the real truth and tends to be a technique of applying articles of law, without assuring the ethno-cultural substance of life. The sentence must be the result of a procedure that constitutionally justifies it, within a communicative process that can be established when adopting the restorative methodology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: law, Language, Real truth, Restorative justice

[1] Doutora em Direito Publico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo busca a reflexão crítica acerca do método lógico utilizado para se buscar a verdade no processo penal, e, consequentemente, se chegar à fundamentação da aplicação da pena.

As críticas perpassam pela constatação de que a racionalidade pretendida pela modernidade, que coloca a lei como expressão máxima da razão, se equivoca quando não abre as portas para o reconhecimento das pessoas que estão envolvidas no conflito: ofensor e ofendido.

As investigações foram feitas de maneira transdisciplinar, em pesquisa qualitativa, a partir de situações vivenciados no cotidiano, dialogando com outras áreas do conhecimento como a Filosofia, a Sociologia e a Psicologia, na indagação de qual a Justiça Penal que se quer e quais as lentes que usadas em relação à crescente violência na sociedade.

Chega-se ao entendimento de que outros caminhos devem ser abertos para que se alcance a verdade real, como forma de pacificação social, dentro do Direito Penal, sendo a Justiça Restaurativa a resposta correta a várias situações, corrigindo as imperfeições do sistema engessado por regras que anulam os sujeitos envolvidos.

2. A CRISE DA RACIONALIDADE CRIMINAL

A modernidade desenvolve-se, sobretudo, a partir do século XVIII, com os pensadores que buscaram refletir sobre a emancipação humana e o domínio científico da natureza. A ideia de progresso era reforçada com a promessa da libertação das irracionalidades, do mito, da religião, da superstição e a liberação do uso arbitrário do poder. Buscava-se um método racional de análise do pensamento em que todos os problemas seriam resolvidos por meio de uma linguagem universal, obtida de forma lógica, como forma de descrever o mundo, sem considerar as especificações de um caso concreto[1].

A partir do Iluminismo, disseminou-se a crítica acerca da desumanidade das aplicações das penas, passando-se a buscar justificação para o Direito de punir, não mais baseada no Direito Canônico voltado à aplicação de castigos ou à subordinação da vontade real. A fixação da pena, como resposta penal ao crime, passou a ser embasada na razão, contrapondo-se às fundamentações transcendentais. A racionalidade pretendida coloca a lei

[1] HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade.** Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

como expressão máxima da razão, momento de codificação de condutas tidas como ilícitas e das respectivas penas, em que o Direito Penal busca, de forma quase matemática, a sua fundamentação. O juiz, mero aplicador da lei, decide, por meio de um ato cognitivo, como expressão do pensamento intelectual de conhecedor e aplicador das leis, numa aplicação mecânica, em que a premissa maior é a lei e a premissa menor, o fato em si. A razão da punição é vista de forma gramatical lógica: se é A, deve ser B, ou seja, se se praticou a conduta A, deve ter a correspondência da pena B, por meio da estrutura piramidal estática, em que validade é sinônimo de eficácia. Neste contexto, o papel do aplicador do direito culmina com a formação de uma racionalidade voltada a tratar os sujeitos dentro dos limites da igualdade formal, em que a verdade alcançada é a verdade formal, trazida pelo tecnicismo processual.

Contudo, observa Habermas que a modernidade traz a visão do outro como objeto a ser estudado, desencadeando a reificação, ou seja, a transformação do sujeito em coisa, como se fosse algo não humano, e que esse costume de reificar o outro leva à constante desumanização[2].

Nessa linha de pensamento, constata-se que a modernidade não consegue de todo sustentar a humanização das penas pelo método lógico de aplicação do Direito e tampouco atinge a verdade real para fundamentar a aplicação da pena. A filosofia busca transformar seus estudos em hermenêutica e perpassa também por uma crise quando pretende uma fundamentação lógica da busca da verdade.

A filosofia da consciência, voltada para a ordenação de regras, pretendia encontrar uma sociedade perfeita, tentando fomentar teorias que respondessem a todas as indagações, influenciando sobremaneira o Direito Penal. Este era visto como ciência descritiva, de maneira objetiva e matemática, responsável pela classificação maniqueísta de bons e maus, quando a justificativa estava na razão fundamentada pela legislação. A aplicação do Direito Penal, neste paradigma, é realizada dentro de uma estrutura fechada, com apego às formas e à autoridade dos tribunais.

A partir da percepção da própria lógica das ciências sociais, de que não se podia insistir numa filosofia do sujeito sozinho, em sua consciência engessada, num momento metódico de racionalização, desenvolve-se um movimento filosófico em oposição à filosofia da consciência denominado de filosofia da linguagem, agregando à racionalidade pretendida a

[2] *Idem.* p. 113.

comunicação com o mundo exterior, na busca da verdade, considerando a dialógica discursiva.

Um grande expoente da filosofia da linguagem foi Ludwig Wittgenstein (1889–1951). Autor de duas obras: *Tractatus* e *Investigações filosóficas*. Este filósofo é boa fonte de inspiração para reflexão, sobretudo porque reviu seus próprios conceitos e fez a releitura necessária. Não é objeto deste artigo aprofundar na filosofia do autor, o que se pretende é aprender com suas lições que se podem trocar as lentes e criticar a tentativa de descrever a verdade de fatos a partir de uma lógica que não fomente o diálogo e a reiteração de penas aplicadas, de maneira mecânica.

Pode-se definir a primeira obra do autor[3] como primeiro momento da sua filosofia, em que se busca uma essência lógica para justificar e sustentar toda a sua filosofia, desenvolvendo a possibilidade de uma linguagem ideal, que possa mostrar a identidade entre a estrutura da linguagem e o mundo. Neste primeiro momento, Wittgenstein tem como objetivo tornar a filosofia uma ciência, com essência lógica, comparando a linguagem a um cálculo matemático em que todas as proposições da linguagem teriam explicações *a priori*. A linguagem seria perfeitamente descritiva, com essência invariável e fronteiras definidas, em que a identidade permanece a mesma em todos os contextos linguísticos. O significado da palavra era dado pela verificação empírica do mundo, como o exemplo da palavra *cadeira*, que significa um objeto com quatro pés. E, posteriormente, depara-se com não respostas adequadas e a conclusão de que as estas são encontradas pragmaticamente, por meio do uso da linguagem, levando-se em conta significações que só são compreendidas no contexto cotidiano, como o exemplo das expressões: "Amanhã eu passo na sua casa!" e "Abra os olhos!". Ou mesmo a palavra *amor*, que tem significados diferentes, dependendo do contexto de seu uso.

Na segunda obra, *Investigações filosóficas*[4], o autor critica a teoria objetiva da linguagem, em especial, o *Tractatus*. A linguagem não seria mera representação da realidade e, portanto, não mais apenas intermediária da relação sujeito e objeto, própria da filosofia da consciência. Constata que não existem verdades universais ou essências das coisas. Logo, o objetivo do *Tractatus* em definir uma linguagem ideal não passava de um mito filosófico inerente à metafísica. A linguagem demanda a expressão de *vivências anteriores* e, somente a partir delas, se chega à verdade. O autor dá início a um novo pensar filosófico acerca do

[3] 3 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus.** Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Ed. USP, 2001.
[4] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Tradução José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores.)

tecnicismo criado, percebendo que a linguagem possui, não apenas sua dimensão descritiva e comunicativa, mas, também, performativa. As palavras, dependendo do contexto, expressam ordens, pedidos, ofensas, promessas, garantias, que implicam a realização de uma ação. O dizer significa fazer algo e, dependendo do contexto, a compreensão. O dizer "Olha os *homi!*" pode significar "Corra da polícia!". Ou outro sentido de que só se saberá o sentido se se participar do contexto. A palavra *xadrez* pode significar presídio, formas quadriculadas ou mesmo um tipo de jogo. As palavras possuem significações diversas, e a compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada. A linguagem passa a ser entendida como condição de possibilidade da comunicação e, por conseguinte, do próprio conhecimento humano.

As indagações entre o sujeito e o mundo ou entre o sujeito e seu ambiente físico e social passam a ser tematizadas. O discurso individualista da obtenção do conhecimento cede à compreensão de que cada pessoa seja membro de uma comunidade, que constrói conclusões com base na linguagem e com o mundo. Este deixa de ser uma atividade solitária para ser uma atividade compartilhada por meio da linguagem, no sentido de que só é possível conhecer, estando inserido numa comunidade de falantes.

A busca da resposta correta perpassa pela filosofia da linguagem, sobretudo pela reviravolta linguística pragmática, como desenvolvido por Álvaro Ricardo[5]. A abertura e as possibilidades que a linguagem tem impedem uma análise *a priori* das intenções de que um conceito alcance. Um conceito ou uma fundamentação passa pela dimensão pragmática da linguagem, não podendo a linguagem cotidiana ser desprezada. Da mesma maneira que o mundo não é mais o meu mundo, a linguagem não é mais a minha linguagem, a linguagem é pública. Numa perspectiva mais ampla, o uso não é somente o uso das palavras no sentido denotativo, pode assumir outras formas de comunicação influenciada por gestos, costumes, que podem variar, dependendo dos contextos em que forem empregadas. A semântica só atinge sua finalidade chegando à pragmática. Como o ato de soltar pipas nos morros, o que significa e qual a verdade que está por traz desta ação: uma brincadeira de adolescentes ou um aviso de que a droga chegou? Os conceitos são entendidos a partir do mundo da vida, como se fosse um jogo, em que se aprende a jogar, jogando. O conceito de uma proposição passa a ser entendido como semelhança de família. Pode-se ver que há uma rede complexa de semelhanças que fazem diversas atividades serem jogos. Os jogos formam uma família com semelhanças de traços, temperamentos etc. Existe uma multiplicidade de jogos de linguagem,

[5] CRUZ, Álvaro Ricardo. **A resposta correta.** Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

como relatar um acontecimento, representar teatro, sustentar uma tese nos tribunais. A relação interna entre justificação e verdade real é unicamente a interação entre ações e discursos que permitem uma resposta. Resposta esta que se aproximará mais da verdade real quando os espaços forem abertos à compreensão pragmática do significado de atos.

Na racionalidade pretendida, percebe-se que esta não consegue reduzir a violência e tampouco a humanização das penas aplicadas, o que leva a novo questionamento acerca de outro caminho, como fez Wittgenstein ao reconhecer que a sua própria obra não pôde responder verdadeiramente a todas as indagações.

Chega-se a um ponto em que se percebe que nem toda definição teórica consegue responder eficientemente aos diferentes casos de uso e costumes que a linguagem apresenta. E, da mesma maneira, nem toda teoria de fundamentação da pena consegue dar respostas eficientes aos diferentes conflitos penais. É por meio da escuta ativa dos atores envolvidos no conflito, da compreensão do mundo da vida em que cada sujeito está inserido que a melhor resposta virá.

Esta foi a grande lição que Wittgenstein instiga o leitor a pensar: o paradoxo da representação, ou o paradoxo da escada como um sintoma da falência da racionalidade moderna, como observou Condé[6] que a filosofia, ao tentar dizer o que não se pode dizer, cai em contradição, bem como formula, no contexto da racionalidade moderna, um paradoxo.

> Quando fazemos filosofia compreendendo a linguagem em uma perspectiva representacionista, nos perdemos nos seus labirintos, elaboramos imagens do mundo e criamos muitas vezes ilusões que nos fazem desacreditar da própria possibilidade da linguagem. Por outro lado, ao adotarmos uma perspectiva pragmática encontramos, no uso das palavras e nos jogos de linguagem, o ponto a partir da qual podemos orientar nossa fala e nossas ações e, com isso, estruturamos nossa racionalidade. Enfim, elaboramos nosso modelo de racionalidade com o qual lidamos com os nossos problemas. (CONDÉ, 2004, p. 73.)

Neste contexto, passa-se a refletir que o Direito Penal ainda está enraizado dentro do paradigma da consciência, sendo aplicado por um juiz, formalista, conhecedor de leis, mas que não participa do discurso do mundo da vida, mantendo-se distante das pessoas e desconsiderando as necessidades das partes. É fácil perceber que os juízes aplicam a pena de maneira lógica, tida, *a priori*, por cada infração cometida, a exemplo do crime de roubo, que tem a pena aplicada, quase sempre, igual a cinco anos e quatro meses de reclusão e multa.

---

[6] CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **As teias da razão.** Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2004.

Precisa-se reconhecer a reviravolta linguística pragmática, dentro do Direito Penal. Não significa dizer que se tem de abandonar toda a estrutura lógica em que se sustenta a aplicação da pena, com seu método trifásico, formulado no artigo 68 do Código Penal[7]. O próprio Wittgenstein não descartou por completo os ensinamentos da sua primeira obra. A reviravolta consiste em compreender que as regras não obtêm todas as respostas. Um processo penal fechado, dentro de seu tecnicismo, não permite se alcançar a verdade real, podendo dar a resposta condenação a um inocente ou fundamentar injustamente uma pena, sem reconhecer as especificidades do caso concreto.

Vive-se num grande paradoxo. O mesmo paradoxo vivenciado por Wittgenstein, de não se alcançar toda a verdade real, nem a melhor resposta penal, fechados no tecnicismo do processo formal.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CONHECIMENTO DE VERDADE POR MEIO DE PRÁTICAS DISCURSIVAS

Participando de práticas restaurativas, compreende-se que a visão de mundo difere de ator para ator. Como se dá na filosofia de Wittgenstein, não se consegue identificar, *a priori*, o que representou o conflito para as pessoas envolvidas. No decorrer das práticas restaurativas, com o uso da linguagem coloquial entre os participantes, o esclarecimento é facilitado. Pessoas comunicam-se de forma usual, com expressões cotidianas de diferentes significados. Percebe-se, em muitos casos que a linguagem dos jovens difere da dos adultos, como o uso da expressão: "E aí, velho?", expressão que não representa ofensa às pessoas mais velhas, mas, sim, uma forma de saudação entre jovens. Em contrapartida, o discurso jurídico é rebuscado e com expressões que fogem do conhecimento dos envolvidos, distanciando-se da compreensão da linguagem.

Uma das bases de todo processo restaurativo é manter sempre o diálogo horizontal entre todos os envolvidos e entre eles e a comunidade, quando a prática assim a envolver. É de grande importância para a formação do consenso que a linguagem usada, como processo de comunicação, seja compreendida por todos. Neste ponto, a pesquisa sobre a filosofia de Wittgenstein fornece reflexões acerca da linguagem utilizada pelos operadores do Direito

[7] Art. 68 do Código Penal: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. *Parágrafo único.* No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua." (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11 jul. 1984).

como forma de distanciar aqueles que têm o domínio da linguagem própria dos tribunais dos destinatários das normas penais, ou seja, da grande massa popular.

Como ressalta Condé (2004, p. 65): "(...) a perspectiva pragmática da linguagem, estabelece a significação a partir do uso, eliminando a dicotomia entre o mundo e uma representação do mundo". Nesta perspectiva, práticas restaurativas, a partir do diálogo entre os envolvidos, aproximam as pessoas e faz a (re)compreensão do passado por meio da linguagem, possibilitando uma proposta de restauração para cada caso.

Por isso, um processo restaurativo deve ser um sistema de multiportas, e não pretender uma única resposta para todos os casos. O que se entende como a resposta correta pode ser dada de outra maneira pelos participantes do grupo, com maior possibilidade de pacificação social. Como assinala Condé:

> O paradoxo da representação aponta para a necessidade de uma racionalidade assentada em uma perspectiva pragmática onde não apenas os problemas, mas as suas soluções, encontram-se como um conhecimento que se dá, entre outras coisas, no atuar em uma forma de vida a partir de um quadro de referência mais amplo para lidar com os problemas filosóficos contemporâneos que se constituem em horizontes muito mais vastos (...) esta percepção é a chave que permite abrir muitas portas. (CONDÉ, 2004, p. 70–71.)

A perspectiva tractatiana, que privilegia a representação e procura estabelecer um fundamento último do conhecimento, conduz a paradoxos, aporias[8] e antinomias[9]. Da mesma maneira que manter-se preso, num processo de fundamentação do direito penal pelo conhecimento de teorias do crime, teoria da pena e conhecimento dos tipos penais, é insuficiente para se atingirmos a pacificação social.

Aprende-se com Wittgenstein que não existem fundamentos últimos, nem uma forma lógica, sem se perpassar pelo mundo da vida. Aplicar a pena, pelo método trifásico, de forma lógica, nem sempre se chega a uma sentença, com justiça. Para que a sentença seja um ato de transformação social, algo mais deve ser agregado às formas: participação dialógica das partes, respeitando práticas e costumes dos envolvidos para que a ela adquira sentido. Como relata Condé:

---

[8] Conforme Houaiss (2004, p. 258), *aporia* é a "dificuldade ou dúvida racional decorrente de uma impossibilidade objetiva na obtenção de uma resposta ou conclusão para uma determinada indagação filosófica".

[9] De acordo com Houaiss (2004, p. 236), *antinomia* (ou paradoxo) é a "(...) contradição entre duas proposições filosóficas igualmente lógicas ou coerentes, mais que chegam a conclusões opostas, demonstrando os limites cognitivos ou as contradições inerentes ao intelecto humano".

> (...) compartilhar semelhanças de família entre formas de vida significa compartilhar não apenas jogos de linguagem, mas semelhanças de família nos hábitos, costumes, visões de mundo, instituições etc. (...) Podem gerar significações e sentidos semelhantes que por sua vez permitem constituir referencias até mesmo para se pensar as práticas e costumes diferentes e daí compreender como as mesmas funcionam, na forma de vida em que foram geradas e adquirem sentido. (CONDÉ, 2004, p. 177–181.)

Não é possível encontrar uma forma de vida humana que não tenha nenhuma semelhança de família, em suas instituições e com a humanidade[10]. Sempre se podem assimilar novos jogos e estabelecer adaptações necessárias para a *traduzibilidade* com outras formas de vida. Como no exemplo de um círculo restaurativo que envolvia um caso de um policial que foi baleado por um adolescente. Aceitando participar do círculo restaurativo, o policial, depois de ouvir o adolescente, expressou-se, dizendo que tinha um filho, da mesma idade daquele garoto que dera o tiro, e reconheceu que o contexto de vida deste era muito diferente de seu filho, mas toda a linguagem usada pelo jovem fez a diferença entre estabelecer a semelhança deste com seu o filho e, a partir daí, estabeleceu-se uma conexão dialógica muito produtiva para ambos. Chega um momento em que se tem que parar de repetir acriticamente conceitos e encontrar formas de responder aos anseios daqueles que aguardam uma resposta estatal aos crimes.

Não se está satisfeito com a maneira de o Estado aplicar o Direito Penal, mesmo porque o processo tradicional não transforma a vida das pessoas para algo melhor. Nem da vítima, mesmo quando tenha o interesse da vingança e da privação da liberdade do agente, não se satisfaz quando este é solto. Nem do infrator, que não tem um tratamento adequado pelo sistema penal, reincidindo na prática do crime. Algo mais precisa acontecer neste mundo contemporâneo que vive a era do vazio, do individualismo para algo que conecte um individuo ao outro. O grande desafio é fazer-se comunicar com os outros, como um elo de uma corrente que circula o mundo da vida dos envolvidos, que pode amparar, acolher e, não simplesmente, punir.

O conhecimento das leis, dos procedimentos e da linguagem utilizada nos tribunais não deixa de ter importância para os operadores do Direito. O que se pretende não é desprezar o conhecimento necessário para a rotina dos tribunais, mesmo porque, sendo o processo restaurativo um ato voluntário, nem todos os casos passarão por ele.

Depois de conhecer o trâmite processual dos processos penais com toda a possibilidade de recursos e uso do agir estratégico, em que conflitam duas teses opostas,

[10] CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **As teias da razão.** Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2004.

percebe-se que, para as partes (ofensor e vítima), não há significação deste ritual. O processo distancia-se da realidade das pessoas. Por isso, em casos em que haja espaço de diálogo e em que o uso da linguagem seja acessível a todos, aproxima-se mais da verdade dos fatos.

Acontece que esta verdade, trazida por meio do uso da linguagem pelos participantes do conflito real, revelada nos processos restaurativos, não pode ser usada como fundamento da punição, em virtude do princípio da confiabilidade e do sigilo que as práticas restaurativas devem ter.

Se se pensar sob a lógica punitiva, haverá então uma responsabilização advinda de uma confissão, que deveria, por consequência, ter a pena como resposta. O trocar as lentes implica em afastar a lógica de que a toda infração penal deve haver uma pena correspondente. Aceita a responsabilização, e apresentado um acordo restaurativo, não resta fundamentada a aplicação da pena em muitos casos. O acordo não pode ser usado para que o juiz fundamente uma pena, porque poderia tornar-se uma abreviação para a condenação.

Caso fosse permitido ao juiz utilizar o acordo para prejudicar o infrator, a confiabilidade dos processos restaurativos estaria comprometida pelo medo de falar e de se expressar e, com isto, de reconhecer a autoria da ação. O que se percebe nos processos tradicionais é que, em grande parte dos interrogatórios, as pessoas negam a autoria, por medo da resposta. Desde crianças, as pessoas são habituadas a esconder o que fazem de errado porque têm medo do castigo. O próprio significado do termo *interrogatório* remete as pessoas a um tempo inquisitório de perguntas feitas por uma autoridade com o intuito de impor castigo. Melhor seria atualizar esta expressão com outra linguagem e outro significado mais próximo de diálogo com o denunciado acerca de seu contexto de vida e do fato em si. Os primeiros momentos em que qualquer pessoa começa a falar em lugar público são tomados por sentimentos de ansiedade, e muito mais intensa é a ansiedade de uma pessoa que tem sua liberdade em jogo. No processo tradicional, pelo fato de o interrogatório não ser tratado como diálogo, este é realizado em curto espaço de tempo, com perguntas diretas como: "Confirma o depoimento dado no inquérito?". Não sendo abertas as portas para uma comunicação, não se estabelece o *rapport*[11], ou seja, a ponte para ligar os dois mundos: o do mundo da vida com a verdade dos fatos ao processo. Sem esta abertura de fala, o processo dificilmente alcançará a verdade real.

[11] "O *rapport* é o estabelecimento da aliança terapêutica ou aliança de trabalho e tem por objetivo abrir as portas para uma comunicação fluente e bem-sucedida. É técnica mais poderosa das relações humanas e o principal ingrediente de todas as comunicações e mudanças. É a capacidade de criar aspectos comuns entre duas ou mais pessoas, gerando uma atmosfera de respeito e confiança. É ver o mundo sob o ponto de vista do outro. É como se o outro olhasse para você e visse a si mesmo no que diz respeito a seus valores, expectativas e anseios.". (BRASIL, 2013.)

Apesar de todo esforço de separar a visão da pena como um castigo, ainda não se consegue mudar este paradigma e se faz esta associação.

Portanto, estabelecendo o *rapport*, com a possibilidade de escuta e uso da linguagem das pessoas envolvidas, consegue-se avançar na responsabilização de uma maneira mais eficiente que o ritual tradicional. No processo penal, o advogado aconselha o seu cliente a não esclarecer a verdade, ou a permanecer em silêncio ou ainda a não reconhecer a autoria, num jogo de ganhar ou perder, em que o que se pleiteia é a não responsabilização do cliente, com sua absolvição. A dúvida, dentro do processo tradicional, dá ensejo ao *in dubio pro reo*, que significa: na dúvida, decide-se a favor do réu, portanto, a defesa, apresenta teses que não demonstram a realidade dos fatos, e inculcam a dúvida no juiz.

Se o que se pretende no processo penal é a busca de verdade real, conseguem-se, dentro deste processo dialógico, esclarecimentos acerca dos fatos que irão demonstrar a verdade, e ademais, a vítima tem respostas às suas perguntas.

Ensina a doutrina que uma das diferenças do processo civil em relação ao processo penal é o tipo de verdade buscada. Enquanto no primeiro a verdade é a verdade formal, ou seja, aquela obtida pelas provas que as partes produzem, no segundo, por envolver liberdade de pessoas, a verdade buscada é a verdade material, podendo o magistrado, de oficio, solicitar outras provas até que se esgotem todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos. Sobre o princípio da verdade real discorre Fernando da Costa Tourinho Filho[12]:

> É certo, ademais, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de verdade processual ou verdade forense, até que por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato, objeto do processo, muitas e muitas vezes, o material de que ele se vale (ah! As testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma falsa verdade real. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 17.)

Se se colocar uma figura diante de várias pessoas, cada uma a descreverá de acordo com o ângulo em que esteja. As impressões produzem significações diferentes. Esse trabalho hercúleo de buscar a verdade, de fato passado, sem o esclarecimento por parte dos envolvidos, valendo-se de testemunhas, pode levar a vários erros. Ao passo que, dentro de processos restaurativos, ao ouvir as histórias, consegue-se algo que parece inviável no processo tradicional: o relato real dos fatos e os sentimentos que as pessoas vivenciaram, dentro do contexto da infração penal. É comum que o infrator não tenha conhecimento do efeito negativo e das consequências que o ato gerou nas vítimas. O contato dialógico com a

[12] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17.

expressão das emoções impacta muito mais que os rituais formais do processo. Para ambos relatar o ocorrido, sob seus pontos de vista, é a oportunidade de *colocar para fora* sentimentos ruins, possibilitando a entrada de outras perspectivas para o futuro.

O processo tradicional não consegue, por mais amplo que seja, a possibilidade de meios de provas, apresentar verdade e certeza de fatos pretéritos. Já no processo restaurativo, a linguagem horizontalmente desenvolvida pelos envolvidos, com muito mais eficiência revela como os fatos se deram na realidade porque utiliza a linguagem como forma de esclarecimento. Contudo, aí está outro paradoxo: não pode servir para fundamentar uma sentença condenatória. Obtendo a verdade real dos fatos, pode-se, com a rede de apoio da comunidade, abrir possibilidades de transformação da vida das pessoas envolvidas, para além do fato acontecido, com um propósito para o futuro.

As inquietações de Wittgenstein devem ser entendidas na tentativa de se obterem as respostas para o uso da linguagem: este processo de representação, ou seja, de descrever a verdade de fatos e aplicar a pena correspondente não consegue atender às necessidades das vítimas e tampouco ressocializa o apenado. Da mesma maneira, o significado do crime só pode ser obtido se se partir das pessoas envolvidas e do entendimento formado por estas pessoas. Enclausurados nos códigos, na tentativa de uma justificação que atenda a todos os casos de maneira igual, não se conseguirá obter as respostas que se aproximem de um ato de transformação social, como não se conseguirá obter todos os significados da linguagem nas gramáticas. Isto não quer dizer que se deva desprezar as gramáticas e os códigos, ressalte-se, eles são importantes, mas deve-se curvar à constatação de que eles não detêm todas as respostas que busquem uma fundamentação baseada na dignidade da pessoa humana dos envolvidos.

Não existe fundamentação para aplicar a pena em casos em que a vítima e o autor do fato encontraram uma solução possível, dentro do contexto em que vivem. Deve-se ter saídas jurídicas para algo que já está pacificado, ou seja, o sistema deve abrir as portas para outras significações.

Vive-se no momento em que o Positivismo, visto de maneira simplificada de aplicação de leis, sucumbe a fundamentações principiológicas, o que se pode denominar de pós-Positivismo. Princípios, como o da dignidade da pessoa humana, devem ser aplicados como mecanismo de tornar controlável o subjetivismo do julgador. Proporcionalidade, justa causa, adequação dos fins aos meios e intervenção mínima são outras possibilidades de justificação para os aplicadores do Direito Penal. Neste sentido, Yarochewsky (2005, p. 107) reafirma que "(...) os princípios constitucionais penais, explícitos ou implícitos, constituem-se como

verdadeiros limitadores da intervenção penal dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, fixando limites instransponíveis para o Estado em matéria penal".

4 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

A abertura das possibilidades de linguagem, dentro do mundo da vida, abre caminho para a teoria da ação comunicativa proposta por Habermas. Para o autor[13], a linguagem inclui um triplo uso: uso descritivo para descrever o estado das coisas, o uso axiomático para estabelecer regras de procedimentos e o uso crítico para justificar tais decisões.

O procedimentalismo crítico deliberativo de Habermas[14] embasado na interdisciplinaridade, busca a mudança do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem, para que ocorra a emancipação do ser humano de todas as formas de coação pela concepção de nova forma de razão: a comunicativa. A racionalidade pretendida pela modernidade deve ser uma racionalidade procedimentalista, baseada no fomento da linguagem que gere entendimento, consenso, acordo, superação da unilateralidade cognitiva, para que a validade seja construída no diálogo.

Para Habermas[15], o princípio do discurso tem o sentido de filtrar contribuições, argumentos e informações de tal modo que o resultado obtido por este caminho tem a seu favor a aceitabilidade racional. A natureza dos questionamentos faz com que a regulamentação de modos de comportamento se abra, no *médium* do direito:

> O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se*, através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade (...) O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve como *médium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos. (HABERMAS, 2003. v. I, p. 172–191.)

Habermas[16] propõe que, para se alcançar o conhecimento válido, este deve ser constituído intersubjetivamente pela linguagem, impondo o consenso como critério de

---

[13] HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** crítica de la razón funcionalista. Tradução Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 2003. v. 1.

[14] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

[15] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 p. 190–191.

[16] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. v. 1, p. 145.

racionalidade, sendo necessário que os participantes tenham uma situação ideal de fala, permitindo condições de compreensibilidade, verdade, sinceridade e justeza.

A situação ideal de fala[17] pressupõe como condições de sua operacionalização alguns requisitos como: simetria de posições (igualdade de chances, no emprego dos atos de fala a participantes num pronunciamento), médium linguístico (compreensão do sentido das palavras), capacidade dos participantes de expressar ideias e a ausência de coação interna ou externa, na execução do discurso.

O mundo da vida é o espaço que possibilita a comunicação. Segundo Habermas[18], há um mundo individual formado por preferências pessoais, moral pessoal, verdade pessoal, atrelado a um plano cultural compreendido em instituições como a igreja, a escola, a administração pública, as empresas e as tradições. O mundo da vida envolve o horizonte da consciência individual e da coletividade na qual este indivíduo se insere. Este horizonte compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do individuo de agir e de comunicar-se. A situação ideal de fala é pressuposto da comunicação e, não apenas, um elemento transcendental de avaliação da legitimidade. Existem várias formas de comunicação, classificadas como:

a) O *agir comunicativo*[19] busca motivar o outro ao acordo, obtido pelo consenso, de forma racional. Para atingi-lo, há de se ter ausência de coação, exceto para o melhor argumento. O agir comunicativo está presente nos discursos humanistas, no espaço social de formação de opinião pública, na mudança estrutural da esfera pública – esfera do poder público como garantidora do discurso (situação ideal e fala), na produção do direito em que há a transmutação do poder comunicativo em poder administrativo, desenvolvendo a rede de comunicação de conteúdos e opiniões, nas ONGs, universidades, associações.
b) O *agir racional teleológico*[20] que conduz a outro objetivo que não o consenso ou acordo. Divide-se em: *agir instrumental*, orientado por regras técnicas que

[17] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 88.
[18] HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação.** Ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 320.
[19] HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 165.
[20] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta:** incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 107.

> se apoiam no saber empírico, como acionar o interruptor para acender a luz; e o *agir estratégico*, orientado pela escolha racional de condutas num processo de adequação de meios a certos fins, como no exemplo da ação de um subordinado que elogia seu superior para obter promoção.

Percebe-se que os representantes das partes, no processo penal, não estão obrigados a busca cooperativa da verdade. O Ministério Público, em defesa da sociedade, elabora teses acusatórias dentro do tecnicismo processual da racionalidade lógica e não desenvolve diálogo com a vítima ou seus familiares, estando totalmente preso dentro do agir estratégico da instituição que tem a função de pedir punição aos supostos infratores. Nas ações penais privadas, o advogado do querelante age de modo idêntico. As partes introduzem estrategicamente argumentos capazes de as conduzirem a uma decisão que lhes seja favorável.

O Direito é concebido como consequência desse embate entre os estímulos sistêmicos proporcionados pelo agir racional teleológico e os estímulos de solidariedade proporcionados pelo agir comunicativo. De um lado, são os elementos jurídicos que abrem espaço para a institucionalização do agir estratégico, quando o Direito é facticidade, realizando os desígnios do legislador, cumprindo sob a ameaça de sanções a legislação, fundadas no monopólio estatal da força e, de outro, é validade, quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários, por meio do exercício constante do poder comunicativo, permitindo a opção pelo agir comunicativo[21].

Mesmo assumindo a perspectiva de que o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática dos cidadãos, institucionalizadas juridicamente, há sempre a possibilidade de que a normatividade seja injusta, abrindo-se assim para outros caminhos. Caminhos que são encontrados quando se percebe o princípio monológico como insustentável, como observa Habermas:

> O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Essa observação indica a saída mais próxima do dilema que consiste em ter que fazer jus, de um lado, à falibilidade de construções teóricas pretensiosas, sem deixar de prestar atenção,de outro lado, ao caráter profissional do processo de decisão judicial. (HABERMAS, 2003, p. 278–279, v. I.)

[21] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 166.

A abertura de espaço para um diálogo voluntário entre vítima e ofensor possibilita a res(significação) dos acontecimentos passados e destes com a comunidade, na busca de um consenso, respeitando a dignidade da pessoa humana dos envolvidos, e resgatando estímulos de solidariedade, constituindo forma de agir comunicativo, dentro do Direito Penal. No lugar de focar o passado, através do estabelecimento da culpa e da punição, práticas restaurativas, buscam restaurar relações rompidas pela ocorrência do delito, por meio do diálogo e no enfoque do porvir.

5. CONCLUSÃO

A Justiça Restaurativa pretende atitudes diferentes em face daqueles que estão envoltos à infração penal, na proposta de desligar a pessoa do ato. Neste sentido, o ato falho deve ter a responsabilidade apurada, contudo, atitudes positivas devem fazer parte da resposta ao conflito desencadeado.

O Direito Penal deve superar o agir estratégico e abrir o espaço para o entendimento dos destinatários das normas penais (autor e vítima). Mesmo tendo que cumprir uma pena, em casos de infrações graves, pode-se estabelecer o diálogo entre os participantes do conflito e destes com a comunidade, na busca de encontrar um caminho melhor quando o autor da infração obtiver a liberdade. Caso contrário, o processo continuará sendo instrumento de poder, como ressaltado por Foucault[22], no sentido de impedir sempre que os excluídos possam saber ou mesmo falar.

Questiona-se se, participando de práticas restaurativas, as partes também não se revestiriam de fazer uso do agir estratégico como forma de encobrimento da verdade real. Neste sentido, tanto o infrator como a vítima ou mesmo os membros da comunidade poderiam mentir ou fazer promessas e depois não cumpri-las. Não se pode afirmar com certeza que não acontece, contudo a intencionalidade pode levar a um compromisso com a ação. A comunicação bem-sucedida consiste no reconhecimento das intenções de significação do locutor que, quando são compartilhadas, transforma-se em intencionalidade coletiva, por meio de formas compartilhadas de cooperação humana.

O ser humano cria, por meio da linguagem das práticas restaurativas, intenções positivas no sentido de um comportamento melhor, e assume responsabilidades extraídas do acordo. Fortalece, assim, um elo da corrente à qual todos estão ligados.

---

[22] FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder.** 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

O que se propõe é uma hermenêutica concretista em que a formação do sentido se dê nas circunstâncias do caso concreto, por meio da abertura da linguagem para se chegar à verdade real. Direito é linguagem, e crime é, primeiramente, um conflito que pode ser resolvido dialogicamente em encontros entre sujeitos humanos, respeitando às especificidades e diferenças.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 7. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Tradução Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. Bauru: Edipro, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de mediação judicial.** Organizador: André Gomma de Azevedo. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

CABALLERO, Carlos A. Goitia. **La víctima del delito en el processo penal latinoamericano.** Coordinado por Pedro J. Bertolino. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

CAPRA, Fritjof. **Ponto de mutação.** Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.s). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **As teias da razão.** Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo. **A resposta correta.** Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal.** São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder.** 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução Guido A de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa.** Frankfurt: Taurus, 1992. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**, ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS. Jürgen. **A inclusão do outro.** Estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JORGE, Alinne Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, direitos humanos e justiça restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v.8, n. 48, fev./mar. 2008.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **Filosofia analítica e filosofia política:** a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal** (parte general). 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, 2001.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.s). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. *In:* MAIER, Julio (Coord.). **De los delictos e de las víctimas.** Buenos Aires: AD-HOC, 2001.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal.** O novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e feminismo.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring justice: an introduction to restorative justice.** 4th ed. New Providence: LexisNexis Group, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Tradução José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores.)

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus.** Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Ed. USP, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade da conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.