

1. Introdução

A ideia de *processo justo* traz consigo um paradoxo, pois justapõe em um mesmo termo uma específica ordem deontológica pressuposta, definidora dos fenômenos jurídicos, como o *processo*; e o atributo *justo*, que é orientado por um plano axiológico. Essa aporia é imanente à atividade dos juristas que, além do trabalho de atuar as normas às situações concretas da vida, indagando sobre seus critérios de validade, invariavelmente buscam realizar o primado do julgamento justo.

A temática ora em foco permite avaliar, por isso mesmo, se a realização dos escopos do processo pode também, ao lado do atendimento específico do critério de validade das normas, em relação à resposta jurisdicional do Estado, respaldar-se em critérios de justiça.

Além da questão a respeito da validade das normas e da realização de um critério de justiça, deve também ser abordada a possibilidade de promoção da igualdade por meio do processo como igualdade. Por meio dessa perspectiva, será possível estimar de que modo os temas da liberdade, igualdade, justiça e eficiência podem interferir no resultado da atividade jurisdicional.

Para essa finalidade, a primeira tarefa a ser empreendida no texto consistirá na avaliação das considerações de Hans Kelsen a respeito de seus pressupostos da validade, dialetizando-os com o conceito de justiça. A seguir, com o intuito de sair da polarização empreendida por Kelsen entre a validade normativa e o âmbito da justiça, o texto abordará como a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller sofisticou o debate a respeito da decisão justa, pois a práxis judicial é mediada por um *ethos*, por meio do qual os direitos fundamentais decorrem de uma evolução histórica e são revelados por critérios racionais.

Na sequência, serão estabelecidos alguns lineamentos a respeito da relação entre o conceito de justiça e os direitos fundamentais, a partir das definições presentes na obra de Luigi FERAJOLI e Juan MORESO, com a indagação a respeito dos fundamentos de índole moral empregados para a definição de temas de direito fundamental, de onde exsurtem critérios de justiça, mediadores das esferas de liberdade e igualdade.

Finalmente, a pesquisa ainda englobará o tema específico da possibilidade de atuação justa por meio do processo penal, para suscitar que a única via para lidar

com os efeitos perversos e disfuncionais do sistema de “justiça penal”, é a ética da alteridade, pressuposto fundamental para a justiça restaurativa.

2. Delimitação do Problema

Para a devida visibilidade aos argumentos que orientam o plano axiológico do justo, e, por conseguinte, a própria consecução da justiça, será examinada inicialmente, conforme já pontuado, a concepção de Hans Kelsen tratada em sua obra “o Problema da Justiça”, cuja temática se encontra igualmente em relevo na Teoria Pura do Direito, como referência antitética ao conceito de validade.

Essa questão revela significativa densidade e complexidade e fica ainda mais instigante se avaliada à luz dos pressupostos gerais da teoria estruturante de MÜLLER e da idéia de direitos fundamentais na doutrina de FERRAJOLLI. Para a finalidade deste estudo, é indispensável levar em consideração a repercussão gerada pelas garantias constitucionais previstas na Constituição Federal a partir da nova ordem institucional e jurídica inaugurada no Brasil em 1988.

Essa nova dimensão do Texto Constitucional, em contraste com a realidade emergente do senso comum teórico dos juristas, dominado por uma percepção a respeito das normas jurídicas aplicáveis, pouco permeáveis às garantias previstas na Constituição, ficou bem dimensionada nas precisas palavras de Alexandre M. da Rosa (p. 59):

Se a constituição, de fato, possui este papel de protagonismo, o desenho de Direito e do Processo Penal deveria guiar-se por suas disposições. Entretanto, ainda que com disposições expressas, por força do culto positivista, muitos dos avanços indicados pelo texto constitucional restaram sem efetividade. Amiúde sem saber diferenciar Direitos e Garantias, Princípios e Regras, o senso comum teórico permaneceu, no pós-88, manietado pelo discurso do Código Penal e Processo Penal editados anteriormente. Apegados à legalidade mal-entendida, ou seja, num legalismo pedestre, estes campos do Direito não fizeram a devida oxigenação constitucional. Cabe dizer, também, que a Constituição, como documento histórico e fruto de um acirrado processo legislativo, apresenta em seu corpo um forte conteúdo punitivo. Isto não pode ser desconsiderado, tanto que criou a denominação de crimes hediondos, restringindo direitos e garantias, mas nem por isto aceita um Direito Penal do Inimigo. É da leitura da Constituição como unidade e seus reflexos no discurso infraconstitucional que se pode aquilatar o baixo grau de eficácia dos Direitos Fundamentais.

Ou seja, o problema da própria validade das normas jurídicas aplicáveis no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal consiste inicialmente em avaliar os critérios de sua aplicabilidade diante de situações concretas da vida. Nessa perspectiva é que pode ser examinada a possibilidade da atuação justa dos atores do processo no momento da aplicação dos respectivos preceitos normativos.

3. Um encontro com a noção de justiça em Hans Kelsen

A apreciação da noção de justiça na obra de Hans Kelsen deve ter em conta a observação do estudo quase obsessivo empreendido pelo autor na formulação de sua teoria pura do direito, a partir da adoção de argumentos metodológicos decorrentes de um discurso carregado de pretensões epistemológicas, cujo objetivo primordial consistiu no afastamento de sua teoria do âmbito das valorações.

Para bem empreender as reflexões ora em destaque, convém atentar aos argumentos articulados no ensaio introdutório dessa obra por Mário G. LOSANO. Na sequência, serão avaliados o alcance e a relevância teórica dos argumentos articulados por KELSEN na referida obra.

Em sua introdução, LOSANO busca identificar os nexos existentes entre a teoria da justiça de Kelsen, que trata de um *valor*, e a teoria do direito por ele defendida, que se pretende pura, afastada de qualquer valoração.

Na formulação de sua teoria, Kelsen justifica a abordagem ali empreendida em pressupostos neokantianos, fundamentando a referida teoria do direito na ausência de juízos de valor. LOSANO afirma que o resultado desse trabalho intelectual foi a construção de uma teoria formal, cujo objeto é uma versão do direito positivo. É com o objetivo de mirar esse objeto de estudo que foi elaborado “o material empírico ao qual ele aplica essa metodologia”. Por isso mesmo, a teoria pura do direito pretende ser “a mais elaborada teoria do positivismo jurídico” (KELSEN, 1998, p. XIII, item 4).

Essa dimensão formal da teoria pura não ficou indene de críticas, merecendo destaque as formuladas pelos jusnaturalistas e pelos sociólogos a respeito da pretensa pureza ali indicada (NINO, p. 99-100).

Nesse ponto, pode-se afirmar que as teorias sociológicas do direito criticam o formalismo de Kelsen sob o argumento de que o direito é um fenômeno

social. Em outra vertente, os jusnaturalistas asseveram que a teoria pura admite como direito as formulações mais abjetas, desde que se apresentem com as respectivas características formais (NINO, p. 99-100).

A segunda observação recai sobre o próprio paradoxo da argumentação de Kelsen, pois, a despeito de pregar uma teoria afastada de qualquer valoração, acaba por admitir que a *norma fundamental*, que se apresenta como a fonte original da validade de todo o sistema normativo, não seja, ela mesma, uma norma jurídica, na definição estabelecida no âmbito da sua própria teoria. Para Kelsen (1976, p. 284) trata-se de “uma norma posta por uma autoridade supraordenada à autoridade jurídica).

No mais, a partir das observações de Norberto BOBBIO a respeito do conceito de norma fundamental (BOBBIO, p. 58-60), LOSANO pondera que não é a formalidade do direito que gera o formalismo kelseniano, mas ele foi quem decidiu estudar apenas o aspecto formal do direito. Quanto ao segundo ponto da afirmação de BOBBIO, destaca que se a teoria do direito ou é formal ou não serve para nada, isso resulta em um juízo de valor negativo a respeito das teorias jurídicas não formais.

Dessa reflexão suscitada por LOSANO surge a seguinte questão: “Se uma teoria geral não-formal do direito não serve para nada, para que serve então a teoria pura do direito?” A resposta sugerida por LOSANO é a de que serve para indicar as condições formais que levam uma norma jurídica a ser considerada válida. Ocorre que na análise interpretativa da norma procura-se não a indiferença, mas saber-se, dentre as várias possibilidades de interpretação, qual a mais ajustável para ser escolhida (KELSEN, 1998, p. XXII-XXIII, item 6).

Como se observa, os limites da teoria pura do direito esbarram em dois pontos controversos: a norma fundamental e a eficácia, pois para justificar a ambos Kelsen teve de se valer das noções de *valor* e da *realidade* (KELSEN, 1998, p. XX, item 6) e, nesse aspecto, o próprio Kelsen esclarece a relação imanente existente entre o direito e as diversas ciências que se propõe a compreender o complexo fenômeno do direito (KELSEN, 1998, p. 50-52).

Diante dessas ponderações a respeito da teoria pura do direito, deve ser agora analisada a proposta de Kelsen em relação ao tema da justiça. No livro *O Problema da Justiça*, o autor inicia suas ponderações sobre o tema com a afirmação de que se trata de uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, pode ser afirmado de um indivíduo (justiça como virtude),

pois como virtude é uma qualidade moral e é exteriorizada pela conduta do indivíduo em face de outros (conduta social). E a justiça da conduta social do indivíduo deve corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. (KELSEN, 1998, p. 3).

Esclarece, no entanto, que apenas uma norma que prescreva um determinado *tratamento* de um indivíduo para outro, especialmente aquele dispensado por parte de um juiz ou legislador, pode ser considerada norma de justiça. Na sequência, pontua que a conduta é um fato da ordem do *ser*, podendo ser analisada como valiosa positivamente ou negativamente quando em confronto com uma norma. Por isso, o fato de ser dotada de um valor positivo ou negativo traduz-se como a própria *realidade*.

Ressalta, no entanto, que a validade do direito positivo em relação a uma norma de justiça é justamente o ponto da distinção entre as doutrinas do direito natural e do positivismo jurídico. Assim pontua o autor:

Se a estatuição da norma do direito positivo corresponde à norma de justiça, então o valor jurídico constituído por aquela coincide com o valor de justiça constituído por esta. Diz-se, neste caso, que a norma do direito positivo é justa. Se a estatuição da norma do direito positivo contraria a norma de justiça, valor de justiça e valor jurídico não coincidem; diz-se então que a norma do direito positivo é injusta. No entanto, a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são – ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido. (KELSEN, 1998, p. 8-9).

Ainda em reforço a sua percepção a respeito do fenômeno normativo, Kelsen insiste que o fundamento de validade desses preceitos não é o ato de vontade que a elabora, mas aquela norma superior (norma fundamental), que opera a fundamentação de validade e legitima a norma posicionada em lugar inferior no sistema escalonado, convertendo-a em norma objetivamente válida. (Kelsen, 1976, p. 273-285)

Portanto, propõe que no tratamento científico do problema da justiça, sua tarefa é analisar objetivamente as diversas normas que são consideradas válidas diante da valoração de algo *justo*. A ciência, no entanto, não tem como finalidade a decisão do que é justo, mas apenas descrever aquilo que é valorado como justo, sem identificação com qualquer desses juízos de valor.

Com essa ressalva, Kelsen passa à análise dos tipos de normas de justiça, dividindo-as em tipos *metafísicos* e *racionais*.

As normas de justiça do tipo metafísico seriam aquelas que por sua natureza deduzem-se de um nível transcendente, para além do conhecimento empírico, de modo que dependem da crença nutrida em sua dinâmica. Também o seu conteúdo não seria apreensível pela razão humana. Dentre elas, Kelsen aponta a ideia de justiça em Platão, em que o *bem* absoluto expressa uma justiça para além de todo o conhecimento racional.

Em relação às normas de justiça racional, ou seja, aquelas que seriam compreendidas pela razão humana, KELSEN põem em relevo suas variadas perspectivas e seus distintos ideais de justiça, muitos dos quais contraditórios entre si. Dentre eles podem ser destacados: **a)** o princípio retributivo, que estabelece primado da justiça na justa consequência ocasionada por uma ação como princípio de justiça (KELSEN, 1998, p. 32), **b)** a ideia de liberdade como fundamento da justiça, vendo-se nesse caso a liberdade como um valor supremo (KELSEN, 1998, p. 49), **c)** o “contrato social” e o ideal de justiça da democracia liberal na situação em que a autodeterminação relaciona-se com a vontade de muitos ou de todos (KELSEN, 1998, p. 50); e finalmente **d)** a justiça como igualdade, pois esse critério seria uma decorrência lógica da generalidade da norma (KELSEN, 1998, p. 51).

Essa típica distinção kelseniana a respeito dos âmbitos da validade da norma jurídica, em contraposição a uma ideia de justiça, pede a devida análise de sua teoria hermenêutica, pois, como está exposto no capítulo VIII do livro Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1976), para a aplicação das normas o juiz parte da estrutura do sistema jurídico exposto em uma moldura dentro da qual há a possibilidade de elaboração de modelos decisórios de acordo com a escolha dos elementos normativos preexistentes nesse sistema, a fim de que sua aplicação se ajuste aos limites do caso individual.

Como já aludido, essa concepção hermenêutica não admite valorações e pretende que as escolhas feitas pelo magistrado, no momento da aplicação da norma, estejam em conformidade com as regras válidas do próprio sistema normativo, sem a possibilidade de indagação a respeito de critérios de justiça.

Esse modelo, no entanto, enreda-se em uma estrutura reducionista e não esconde sua impossibilidade de explicar quais seriam efetivamente os critérios utilizados pelo Juiz ou Tribunal no momento da prolação de uma decisão judicial, diante da impossibilidade de explicar como foram geradas as escolhas dentro da

moldura estabelecida no sistema normativo a respeito de um determinado tema submetido a decisão.

O ponto de inflexão relevante a respeito dessa questão, na dogmática jurídica, a permitir uma abertura à determinação de critérios decisórios mais adequadamente justificados e claros, pode ser visto, decerto, na teoria de Friedrich MÜLLER, como adiante será exposto, a partir de sua teoria estruturante do direito.

3. Breve incursão na ideia estruturante do direito e na definição do *ethos* revelado pela práxis judicial

Diferentemente da visão de Kelsen em torno da neutralidade do aplicador da norma e da perspectiva fundada em um critério formal de racionalidade, distanciado de qualquer percepção ética a respeito de seus parâmetros de justiça, Friedrich Müller elaborou uma teoria dos direitos fundamentais justamente a partir da análise da práxis jurisprudencial. Isso é visível em na Teoria Estruturante do Direito (MÜLLER, p. 145-300).

Essa visão do fenômeno jurídico parte do princípio de que os direitos fundamentais são garantias conquistadas historicamente, dedutíveis da própria racionalidade dos seus respectivos conteúdos, funções e limites (MÜLLER, p. 232-235). Com efeito, MÜLLER parte dos elementos metodológicos de análise do âmbito da norma, esforçando-se para esclarecer como podem se concretizar os elementos do programa da norma (MÜLLER, p. 244-265).

Essa dupla definição deve levar em conta tanto o antecedente do texto quanto o procedimento de concretização da norma, a partir da definição de um complexo sistema formado por elementos dogmáticos e teóricos, sem esquecer dos critérios da técnica de solução de demandas, da política do direito e da política constitucional (MÜLLER, p. 232-238).

Sem pretender adentrar o sofisticado sistema de solução de conflitos entre os respectivos dados metódicos aplicáveis aos casos concretos, pois refogem aos objetivos deste estudo, convém ressaltar que a metodologia estruturante fornece justamente os elementos objetivos que viabilizam a atividade pragmática de aplicação do direito, especificamente aqueles recusados por KELSEN sob a justificativa de serem infensos à própria ciência do direito.

É importante ainda registrar que a tese de MÜLLER não pretende demonstrar pontos fundados em critérios de verdade ou meramente descritivos dos temas jurídicos tratados, mas estabelecer um procedimento decisório problemático que permita a reflexão e a dialeticidade dos critérios decisórios, ou mesmo a possibilidade de sua revisão e, finalmente, sua regularidade. Assim, o que MÜLLER reivindica, em verdade, é um processo normativo vinculado ao caso concreto, mas orientado metodologicamente para a estruturação da norma jurídica aplicável a certo caso controvertido.

Esse procedimento compreensivo, que se utiliza inicialmente do texto normativo, tem por escopo a elaboração do programa da norma (*Normprogram*) apto a chegar à elaboração do âmbito da norma (*Normbreich*). É justamente da articulação possível entre o programa e o âmbito da norma que surgirá a norma jurídica (*Rechtsnorm*) a concretizar-se como norma de decisão (*Entscheidungsnorm*) (MÜLLER, p. 244-265).

Fica claro, portanto, que entre o programa, o âmbito e a subsequente concretude da norma, na definição pragmática e aplicada da norma jurídica, existe uma densa área de valorações que não se submetem estritamente a comandos deontológicos, mas que se encontram submergidos em elementos valorativos de ordem moral, muitos dos quais não admitidos na própria decisão judicial.

Essas breves anotações a respeito da distinção entre as teorias de KELSEN e MÜLLER, embora não se pretenda aprofundar os lineamentos deontológicos, axiológicos e epistemológicos de cada qual, são suficientes para sobrelevar, na atividade estruturante definida pela *praxis* jurisprudencial e diante do esforço da concretização da norma jurídica aos peculiares casos concretos que mereçam sua atuação, o *ethos* dos juristas (MÜLLER, p. 244-247). Esse fundamento metafísico se encontra intrinsecamente vinculado à historicidade das conquistas convergentes ao delineamento dos direitos fundamentais e comprometido com a racionalidade constitutiva de sua conduta decisória, permitindo o restabelecimento de um critério vinculado aos elementos supranormativos de afirmação dos direitos fundamentais.

4. Lineamentos do conceito de justo e dos direitos fundamentais

A respeito da definição do conceito de direitos fundamentais, diante da inevitável dialetização entre o direito e a moral, é conveniente ainda proceder à análise dessa temática à luz do pensamento de Luigi FERRAJOLI (2010, p. 9-14).

Para Jose Juan MORESO (FERRAJOLI; MORESO; ATIENZA, p. 117-131) o tema da justiça pode ser pensado inicialmente como um tópico de moralidade na doutrina de Luigi FERRAJOLI. Isso certamente se contrapõe à ideia de validade normativa sendo, no entanto, inegável que as constituições contêm claras considerações e conceitos de índole moral, ao proibir, por exemplo, o tratamento desumano, degradante ou discriminatório. Por fim, o estabelecimento da primazia da observância dos direitos fundamentais também está submetido a uma ordem supranormativa. Por isso, é inegável que os textos constitucionais também contêm nítidas valorações fundadas em critérios de justiça, de uma forma geral, considerados a partir do direito positivo inclusivo.

Assim, mesmo ao apregoar sua definição teórica puramente estrutural de direitos fundamentais, FERRAJOLI (2010, p. 9-49) acaba por defender também uma concepção moral na afirmação desses direitos, pois atribuível universalmente a todos os seres humanos, entes dotados do *status* de pessoa ou de cidadão.

Quanto ao mais, FERRAJOLI retoma a referida questão do *status* e pontua que este pode ser determinado pela personalidade e ainda pela cidadania e capacidade de agir. Os atributos da cidadania e da capacidade de agir são, com efeito, as únicas diferenças de *status* que ainda delimitam a igualdade das pessoas naturais. Nesse ponto, cita duas grandes divisões entre os direitos fundamentais, sendo a primeira entre direitos da personalidade e de cidadania, e a segunda entre os direitos primários (substanciais) e os secundários (instrumentais ou de autonomia). (FERRAJOLI, 2010, p. 15-19)

Em seguida, propõe o cruzamento entre essas duas distinções e apresenta quatro classes de direitos: **a)** direitos humanos (direitos primários das pessoas indistintamente); **b)** direitos públicos (direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos); **c)** direitos civis (direitos secundários destinados a todas as pessoas capazes de agir); e **d)** direitos políticos (direitos secundários reservados somente aos cidadãos capazes de agir) (FERRAJOLI, 2010, p. 15-19).

Ressalta também, em síntese, que atualmente a capacidade de agir é qualidade intrínseca atribuída a quase todos, com exceção dos incapazes. Nesse ponto, esclarece que ainda subsiste, mesmo que parcialmente, uma parcela de desigualdade

que pode ser notada na esfera estrita da cidadania. Esse atributo político representa, portanto, a última grande limitação imposta ao princípio da igualdade jurídica, o que delinea outra questão de natureza moral (FERRAJOLI, 2010, p. 24-25).

Cumprindo assinalar, em breve síntese, que a tensão entre o conceito de igualdade, substancial ou formal, em relação ao da desigualdade, é complexo e tormentoso quando em sua aplicação prática, como demonstra Jefferson Carús GUEDES (p. 12-13). Isso pode ser avaliado diante do “paradoxo da igualdade na aplicação da lei”, notadamente naquelas situações em que os tribunais brasileiros, sob a justificativa de aplicação igualitária de precedentes aos casos concretos, utilizam técnicas de afirmação de teses em recursos repetitivos ou tópicos submetidos à repercussão geral, e também nas hipóteses de enunciação de súmulas vinculantes.

Nesses casos, não se pode obter, na utilização de suas ferramentas teóricas jurídicas, justamente o elemento de identidade substancial que permitiria a aplicação de um dado precedente a casos futuros. Essa dificuldade, segundo o referido autor, fica evidenciada justamente na problemática relação observada entre os casos de isonomia substancial e formal em situações concretas que reclamam a atuação judicial (GUEDES, p. 12-13).

Ainda na perspectiva de FERRAJOLI, a mudança da própria concepção e definição dos direitos fundamentais, em sua dimensão evolutiva, não foram especificamente os atributos da personalidade, cidadania e capacidade dos sujeitos. A definição desses direitos passa a significar, outrossim, uma garantia contra as restrições e discriminações, ampliando seu espectro de irradiação de efeitos para tornar-se mais amplo e abrangente, com tendência universal (FERRAJOLI, 2010, p. 16-18).

Quanto ao mais, o autor destaca quatro teses afirmativas dos direitos fundamentais. A primeira refere-se à radical diferença de estrutura entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. Nesse ponto, esclarece que a tradição ocultou essa diferença ao adotar um único termo “direito subjetivo” para designar situações heterogêneas e opostas (direitos inclusivos e direitos exclusivos; direitos universais e direitos singulares; direitos indisponíveis e direitos disponíveis). Apresenta como explicação duas ascendências teóricas: a filosofia jusnaturalista e contratualista dos séculos 17 e 18, no que se refere aos Direitos Fundamentais, bem como a tradição

civilista e romanista no que se refere aos direitos patrimoniais (FERRAJOLI, 2010, p. 20-24)

A segunda tese consiste em afirmar que os direitos fundamentais formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, ou seja, a dimensão “substancial” da democracia. A terceira tese trata da natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, e a quarta tese, exaltada pelo autor como a mais importante, refere-se às relações entre os direitos e suas garantias (FERRAJOLI, 2010, p. 25-30).

As origens históricas dessas vertentes estão embasadas em textos bem delineados. A primeira tese está conectada ao capítulo II do *Segundo tratado sobre o Governo*, de John Locke, de 1690 (LOCKE, capítulos V, VII, VIII e IX), que identifica na vida, na liberdade e na propriedade os três direitos fundamentais. Encontra subsídios ainda no art. 2.º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, no sentido segundo o qual “o fim de toda associação política é a defesa dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade e a resistência à opressão”.

A segunda tese está fundamentada em uma monografia de 1852, do juspublicista alemão do século 19, Karl Friedrich von Gerber, que afirma serem os demais direitos apenas efeitos dos “direitos públicos”. A terceira tese consubstancia-se no clássico ensaio de 1950, *Cidadania e Classe Social*, de Thomas Marshall, que distingue os direitos fundamentais em três classes: os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, todos concebidos como direitos do cidadão e da cidadania. A quarta tese, por sua vez, está pautada na teoria de Kelsen, que configura o direito subjetivo como “simples reflexo de um dever jurídico” e se resolve na identificação dos direitos fundamentais com as garantias (FERRAJOLI, 2010, p. 35-43).

Na sequência, as quatro teses anteriormente mencionadas são retomadas e o autor faz as seguintes associações: inicialmente, trata dos direitos fundamentais e direitos patrimoniais, a partir da ideia de Locke, ao se referir à vida, à liberdade e à propriedade, bem como à vista do art. 2.º da Declaração de 1789 (liberdade, propriedade e resistência à opressão). Observa, no entanto, o equívoco em se conjugar em uma mesma categoria o direito à liberdade e o direito à propriedade, o que seria fruto da justaposição das doutrinas jusnaturalistas e da tradição civilista e romanista. (FERRAJOLI, 2010, p. 36-42)

Em relação à análise das figuras da “liberdade” e “propriedade”, ou “direitos fundamentais” e “direitos patrimoniais”, FERRAJOLI cita quatro diferenças estruturais: **1)** A primeira consiste no fato de que os direitos fundamentais (liberdade, vida, etc.), são “direitos universais”; já os direitos patrimoniais são direitos singulares, pois para qualquer um deles existe um titular determinado, com exclusão dos demais. **2)** A segunda diferença consiste no fato de serem os direitos fundamentais indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais são disponíveis pela sua própria natureza, portanto, negociáveis e alienáveis. **3)** A terceira refere-se à estrutura jurídica dos direitos. Os direitos patrimoniais são disponíveis, sujeitos a acontecimentos, podendo ser modificados, constituídos ou extintos; os direitos fundamentais, no entanto, possuem títulos expressos na lei, sendo conferidos por meio de regras gerais, normalmente de cunho constitucional; **4)** a quarta distinção se traduz na horizontalidade dos direitos patrimoniais e na verticalidade dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2010, p. 38-42).

No aprofundamento da sua segunda tese, o autor trata dos direitos fundamentais diante da democracia substancial e, retomando a questão proposta na primeira tese, qual seja: “que coisas são os direitos fundamentais?” e esclarece que sobre a sua forma pode-se responder *a priori* com as características estruturais que foram ilustradas no início do texto. No entanto, no plano dos conteúdos daqueles bens que devem ser elevados a direitos fundamentais, a resposta somente ocorrerá *a posteriori*, resultando daí a conotação “substancial” colocada pelos direitos fundamentais ao Estado de Direito e à democracia constitucional. No mais, pontua que, diante do posicionamento de Gerber e da doutrina dos direitos públicos elaborada pela juspublicística alemã e italiana do século 19, os direitos fundamentais existem como situações de direito positivo nas constituições, representando não uma limitação sempre revogável pelo poder soberano, mas a existência de direitos em relação a terceiros, ou, se necessário, contra o próprio Estado. Em síntese, defende que a história do constitucionalismo é a história do alargamento da esfera pública dos direitos (FERRAJOLI, 2010, p. 41-42).

A análise da terceira tese parte dos direitos fundamentais e da cidadania e retoma a reflexão de Thomas Marshall, que divide os direitos fundamentais em três classes: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, todos chamados indistintamente de “direitos de cidadania”. Nesse ponto em particular, merece

destaque a peculiaridade de que “no momento em que se decidiu levar a sério os direitos fundamentais foi-lhes negada a universalidade, condicionando o seu inteiro catálogo à cidadania, independentemente do fato que quase todos, exceto os direitos políticos e alguns direitos sociais, são atribuídos pelo direito positivo – seja estatal ou internacional – não somente aos cidadãos, mas a todas as pessoas” (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

Em relação à quarta tese, deve haver a devida reflexão a respeito dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais, diante da perspectiva teórica de Hans Kelsen (1976, p. 184-207), para quem um direito não garantido não pode ser realmente considerado um direito. A partir dessa relação entre os direitos e suas garantias, o autor cita as duas conquistas do constitucionalismo, sendo a primeira a internacionalização dos direitos fundamentais e, a segunda, a constitucionalização dos direitos sociais (FERRAJOLI, 2010, p. 41-43).

Na sequência, ressalta que Kelsen opera duas identificações ou reduções do direito subjetivo, sendo a primeira aquela que se traduz na chamada “garantia primária”, situação em que “não existe nenhum direito para qualquer um sem um dever jurídico para qualquer outro”. A segunda consiste naquela definida como garantia secundária, em que o “direito subjetivo” se traduz “não já no interesse presumido, mas na proteção jurídica”. (FERRAJOLI, 2010, p. 39)

Na conclusão do referido tópico, FERRAJOLI reforça a importância da distinção entre direitos e garantias e pontua que a ausência de garantias deve ser considerada uma indevida lacuna que os poderes públicos, internos e internacionais, têm obrigação de suprir. No mais, o autor ainda trata da possibilidade de realização concreta das respectivas garantias, dentro das dimensões técnica e política.

Por isso, afirma que “sobre o plano técnico nada autoriza a dizer que os direitos sociais não sejam garantíveis à paridade dos outros direitos porque os atos requeridos para a sua satisfação seriam inevitavelmente discricionários, não formalizáveis e não suscetíveis de controle e coerções jurisdicionais”. Quanto ao aspecto político, afirma que “levar a sério os direitos humanos proclamados em nível internacional requer que mantenhamos em discussão os nossos níveis de vida que consentem ao Ocidente bem-estar e democracia por conta do resto do mundo” (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

Diante dessas ponderações, o autor afirma ser o constitucionalismo o paradigma do direito. Ressalta, nesse ponto, que em um ordenamento dotado de

constituição rígida, para que uma norma seja válida, além de vigente, é necessário que seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e os direitos fundamentais estabelecidos na constituição. Assim, reforça o autor, “a legalidade positiva no Estado constitucional de direitos mudou de natureza: não é mais somente (mera legalidade) condicionante, mas é ela mesma (estreita legalidade) condicionada por vínculos também substanciais relativos aos seus conteúdos ou significados” (FERRAJOLI, 2010, p. 44).

A jurisdição, portanto, não é mais a simples sujeição do magistrado à lei, mas uma atividade de poder que demanda a análise crítica de seu significado para controlar a legitimidade constitucional. Por sua vez, a ciência jurídica não se traduz na simples descrição de seu objeto, mas encerra uma justificável natureza crítica (FERRAJOLI, 2010, p. 44-45).

Conclusivamente, à vista da vertente doutrinária ora examinada, pode-se afirmar que além dos planos da validade normativa ou da validade sistêmica, ou mesmo da eficácia jurídica dos preceitos orientadores do conceito de direito fundamental, esse tema se encontra dotado de elementos axiológicos e deontológicos de nítido cunho moral. No mais, podem ser investigados a partir da flexão dos parâmetros que informam a igualdade e sua complexa relação com a desigualdade, mas também a humanidade e a dignidade, termos que não podem prescindir da devida densificação semântica a partir do emprego de conceitos de índole metanormativa.

5. A ideia dos direitos fundamentais no âmbito do processo penal

Ao serem aplicados no âmbito do processo, os direitos fundamentais devem suscitar o juízo da imprescindibilidade da aplicação das garantias constitucionais diante da aplicação das regras processuais à persecução penal, especialmente em relação à proteção da esfera protetiva do indivíduo perante o próprio Estado, a exemplo da ampla defesa, do contraditório, da *verdade real*, ou seja, do devido processo legal.

Para Augusto M. MORELLO (p. 569), o desenho do processo penal justo deve passar pela aplicação dos princípios constitucionais substanciais e formais, primeiramente para “reparar os efeitos da ignorância das leis por parte do acusado e do descuido de seu defensor”. Pontua ainda que devem ser lembradas as exceções aos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada, quando houver ensejo para reparar

violações graves à garantia da defesa em juízo. No mais, deverão ser observados os princípios da presunção de inocência (MORELLO, p. 570-572) e do juiz natural (MORELLO, p. 575), bem como a necessidade de imposição de restrições, pelo Tribunal, a respeito das questões meramente formais do processo, que acabariam por turbar a efetiva decisão final em um tempo razoável (MORELLO, p. 576-578).

Além dessas considerações, a justiça do processo pode ser obtida com a observância do art. 8º do Pacto de San José de Costa Rica a respeito do contraditório, da ampla defesa, do amplo acesso aos meios probatórios e à garantia do juiz natural (MORELLO, p. 579), ou mesmo da imposição de regime de urgência ao procedimento do *habeas corpus* (MORELLO, p. 587); finalmente, com a radical proibição das provas obtidas por meio ilícito (MORELLO, p. 590-591).

Ainda no intuito de proteção da esfera individual das pessoas submetidas às regras do processo penal e também como forma de preservar o núcleo central extraído do princípio da dignidade da pessoa, importa observar as regras previstas na Lei de Execução Penal, especialmente aquelas que prometem o cumprimento de uma das funções da pena, consistente na prevenção especial positiva (CARVALHO, p. 86-90), também traduzida como ressocialização. Nesse âmbito, a referida lei prescreve em seu art. 41 vários direitos atribuídos ao condenado, apesar da restrição a sua liberdade.

Também são notáveis as regras definidas na LEP com o objetivo de pôr em prática a promessa oficial de reintegração do preso à sociedade em condições de retomar sua vida em liberdade. Observe-se que o art. 112 da referida lei estabelece a progressão de regime; o art. 126 e seguintes regulamentam o trabalho e o estudo como forma de progressão, inclusive com a remição da pena a cada três dias de trabalho ou de estudo. Ainda há previsão do livramento condicional, modalidade que permite a saída do indivíduo antes do cumprimento da pena, desde que presentes alguns requisitos e condições (art. 83 do CP e art. 131 e seguintes da LEP).

Como é perceptível, tanto no âmbito processual quanto no material, a questão criminal é tratada oficialmente como forma de imposição de punição ao indivíduo pela prática delitiva, sem perder, no entanto, sua condição humana. Ocorre, porém, que a despeito da adoção, pela Lei de Execuções Penais, dos princípios constitucionais que regem essas situações, a realidade do sistema criminal, em todas as suas fases, suscita dúvidas e reflexões, especialmente por não se observar no campo empírico a realização dessa promessa estatal.

Esse descompasso entre legislação e realidade pode ser observado tanto no espaço da administração da pena quanto na fase processual da resposta penal, situação em que se adotam os mencionados princípios constitucionais como garantia do devido processo legal. No entanto, para a análise proposta no presente artigo, será destacada com mais ênfase a aplicação das regras processuais durante a persecução penal, pois é justamente nesse contexto que se justifica a crítica de Alexandre M. da Rosa, de que “é da leitura da Constituição como unidade e seus reflexos no discurso infraconstitucional que se pode aquilatar o baixo grau de eficácia dos Direitos Fundamentais” (ROSA, p. 59).

Em face do princípio da indisponibilidade da ação penal para a maioria dos casos penais submetidos à decisão judicial, importa observar a situação do ofendido (vítima), do ofensor (acusado) e da sociedade (comunidade) no curso da instrução processual. Em relação à vítima, a despeito de ter sofrido o dano direto e material, não possui qualquer ingerência sobre o processo, pois esse lugar passa a ser automaticamente ocupado pelo Ministério Público, que foi designado para agir. Esse modelo, embora tenha sido defendido desde o iluminismo (FOUCAULT, p. 151-154), e tenha como proposta a humanização da pena e a proteção da vítima, acaba por não atender as expectativas de quem sofreu o dano. O infrator, do mesmo modo, afasta-se das consequências dos seus atos, por situar-se diante de um sistema de tarifação da conduta e de “pagamento” da pena “devida”. A comunidade, alheia à dinâmica do processo, atua como mera espectadora dos seus acontecimentos.

6. A inclusão da justiça restaurativa como espaço dialógico no âmbito da persecução penal e sua conexão com os direitos fundamentais

Ao retomarmos o tema da justiça, podemos agora inserir uma abordagem peculiar que ultrapassa a percepção a respeito da possibilidade de sua realização pela mera aplicação de regras jurídicas ou mesmo das garantias constitucionais do processo.

Com efeito, segundo a dimensão crítica da criminologia ao próprio “sistema de justiça” penal, é possível agora afirmar que o modelo de aplicação das regras e princípios constitucionais não será suficiente para a definição de um critério de justiça que se aproxime de um eixo axiológico essencialmente orientado por uma diretriz “ética”.

Portanto, mesmo sem ainda definir o contexto semântico dessa nova percepção da justiça, ela será aqui designada como “justiça fundada na ética da alteridade”. Essa peculiar modalidade de potencialização, inicialmente do reconhecimento, e mais, do respeito à alteridade do *alter*, pode ser densificada como a única possibilidade apta a ultrapassar os efeitos decorrentes da lógica orientada pela racionalidade, historicamente datada, cujos efeitos perversos e disfuncionais acabam por impossibilitar, paradoxalmente, a consecução das próprias diretrizes das políticas criminais hoje em curso no Brasil.

Em breves linhas, o resultado dessa ética será o posicionamento, no primeiro e mais relevante plano, tanto do infrator, quanto do ofendido e da comunidade. É possível que essa providência possa parecer, à primeira vista, um retrocesso em relação ao resultado alcançado com a utilização do modelo processual penal tradicional, pautado na racionalidade penal moderna (PIRES, p. 39-41). Com efeito, na perspectiva desse contexto histórico legado pelo positivismo jurídico ideológico, a vítima e a sociedade foram substituídas pelo Estado, justamente para evitar a vingança privada e os abusos que antes ocorriam (FOUCAULT, 63-86).

É necessário ressaltar, no entanto, que a pretendida ética da alteridade é um dos pressupostos lógicos para a consecução da justiça restaurativa. Essa ética, agora orientada para o âmbito do processo penal, surge como fio condutor do agir dos atores do processo judicial, o que pode consubstanciar-se em uma autêntica política criminal. Essa política, no entanto, não pretende excluir ou substituir o modelo de justiça oficial. Nesse ponto, OXHORN e SLAKMON sustentam o seguinte:

A justiça restaurativa é uma alternativa para as instituições estatais da administração da justiça, que funcionará através da sociedade civil, mas que nunca é independente do Estado. (...) As práticas restaurativas não são feitas para substituir o sistema de justiça tradicional, mas sim para complementar as instituições legais existentes e melhorar o resultado do processo de justiça. (OXHORN e SLAKMON, p. 188 e 200).

Essas diretrizes, na verdade, consubstanciam modelos de aproximação entre os controles sociais, formal e informal (CARVALHO, p. 61-90), no espaço de diálogo que envolve o ofensor, a vítima e a comunidade, que passam a influenciar nas decisões atribuídas comumente pelo controle formal. Por isso, a aplicação de métodos restaurativos ocorre no curso do procedimento penal, com a presença de um facilitador distinto daqueles agentes que atuam normalmente no processo formal, como juiz, promotor de justiça e advogados.

Ora, sabe-se que o impacto da violência e criminalidade atuais tem afetado substancialmente a sociedade, e a consequência desse processo de medo e intranquilidade vem refletido no baixo nível de confiança das pessoas nas instituições de justiça criminal e na acentuação da própria violência, como bem observa Philip Oxhorn e Catherine Slakmon, ao avaliarem a situação brasileira:

“A combinação de altos índices de crime e baixos níveis de confiança nas instituições estatais responsáveis por lidar com o problema ameaça criar um círculo vicioso de violência” (OXHORN e SLAKMON, p. 187).

Assim, a abertura de diálogo proposta pela justiça restaurativa, longe de enfraquecer o processo formal, poderá abrir caminhos para o fortalecimento e a legitimidade do sistema de justiça criminal, com a apresentação de sentido mais democrático e dialógico. Propõe-se, aliás, uma mudança no modo de enfrentamento, pela sociedade civil, dos problemas ligados à segurança, de forma a cambiar a ideia tão presente na atualidade, voltada para os mecanismos de justiça privada, como linchamentos, esquadrões, milícias, por outros meios mais democráticos e participativos, por intermédio dos quais possam influenciar as próprias decisões tomadas pelas instituições que compõe o sistema de justiça.

Com o propósito de legitimar as práticas restaurativas, o Decreto n.º 7.037, de 21 de dezembro de 2009, aprovou o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, tratando-se de protocolo de intenções do governo federal no qual se encontra incluída a justiça restaurativa entre suas diretrizes e objetivos estratégicos.

No referido programa, assim ficou dimensionada a Diretriz n.º 17:

Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa de direitos; (...). Objetivo estratégico III: Utilização de modelos alternativos de solução de conflitos. (...). d) Incentivar projetos pilotos de Justiça Restaurativa, como forma de analisar seu impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.

Nesses casos, busca-se a construção de uma solução sólida e restauradora dos traumas causados pelo crime, oportunidade em que todos intervêm, apresentando seus anseios, dúvidas, mágoas, constrangimentos, ou seja, ouvindo e sendo ouvido pelo outro, em busca da pacificação social e psicológica.

Portanto, a partir dessas reflexões, observa-se que a abertura para ampliação da participação dos envolvidos no conflito, com a introdução de práticas restaurativas, por certo reforça os direitos e garantias no âmbito processual, comumente negligenciados justamente em razão desse distanciamento estabelecido entre os agentes do controle formal e aqueles submetidos a esse controle. Percebe-se

também que, nesse contexto, as garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a presunção de liberdade são muitas vezes olvidadas, diante da sobreposição das questões puramente processuais às fundamentadas no primado da dignidade da pessoa.

7. Conclusão

No campo do direito penal material, é observável a adoção do casuísmo como paradigma da edição das leis, o que vem afetando a individualização da pena e a sua justa adequação à situação concreta. Isso porque o legislador tende a adotar como resposta ao aumento da criminalidade a atribuição de penas cada vez mais rígidas, o que impossibilita ainda a substituição destas por outras formas de respostas que sejam mais efetivas em relação às partes envolvidas. Com isso, verifica-se a ocorrência de decisões judiciais perfeitamente legais, porém substancialmente injustas.

Por isso mesmo, a abertura da possibilidade de comunicação entre o sistema de justiça penal e as práticas restaurativas pode contribuir para a reorganização do nosso espaço prisional, pois nessas práticas observam-se outras dinâmicas de responsabilização ao infrator, em um ambiente em que a reprimenda, ainda que aplicada pelo controle formal, estaria substancialmente individualizada e apoiada na situação real de todos os envolvidos no conflito.

Conclui-se, pelas razões expostas, que a análise da eficiência e da igualdade no processo penal passa pela adoção de modelos de política criminal que proporcionem aos interessados no conflito a possibilidade de atuação no contexto de um espaço dialógico, com a possibilidade de aproximação e comunicação entre as partes. Nesse âmbito, como sugere a filosofia levinasiana, o senso de justiça pode nos mover em direção à reformulação do que se encontra instituído, pois esta, a justiça, nesse peculiar sentido proposto por Lévinas: “É o que nos dá impulso, a direção, ou o movimento para retificar a lei, ou seja, para desconstruir a lei” (HADDOCK-LOBO, p. 152).

7. Referências

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: UnB, 1996.

CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, Juan; ATIENZA, Manuel. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 32 ed. São Paulo: Vozes, 1997.

GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HADDOCK-LOBO, Rafael. Da existência ao infinito. Rio de Janeiro: Loyola, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

_____. O Problema da Justiça. Trad. João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÉVINAS, Emmanuel. Ética e Infinito. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 1982.

_____. Da existência ao existente. Trad. Paul Albert Simon e Ligia Maria de Castro Simon. Campinas: Papyrus, 1999.

_____. Totalidade e infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70.

LOCKE, John, Segundo Tratado sobre o Governo. In: Carta acerca da Tolerância: Segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MORELLO, Augusto M. El proceso justo. 2 ed. Buenos Aires: Platense, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 99-100.

OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Justiça restaurativa - coletânea de artigos – Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. Novos Estudos CEBRAP, nº 68, março de 2004, p. 39-60.