

UMA CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA A REDUÇÃO DE INCONGRUÊNCIAS DA PUNIÇÃO ESTATAL CONSIDERANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CONTRIBUTION OF ARGUMENTATION THEORY FOR THE REDUCTION OF INCONSISTENCIES OF STATE PUNISHMENT CONSIDERING FUNDAMENTAL RIGHTS

*Rafael Cruz Bandeira**

*Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda***

RESUMO

A teoria da argumentação, método de chegada à decisão mais justa e forma de aplicação e fundamentação do Direito, pode ser utilizada em prol de uma redução das inconsistências punitivas estatais, em especial as sanções penais e prisão. Isso porque se observa um descolamento do discurso punitivo das expectativas e necessidades práticas punitivas, além do não cumprimento de sua tarefa de, simultaneamente, defender e restringir direitos fundamentais proporcional e consentaneamente à ameaça e lesão ocasionada pelo ato sancionado. A responsabilidade e o dever da congruência punitiva com direitos fundamentais e com discurso punitivo legal e político é do Executivo, Legislativo e

* Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA); especialista em Direito Público; bacharel em Direito pela UFBA com intercâmbio na Universidad de Santiago de Compostela (2006-2007); titular de cargo efetivo do Senado Federal. Contato: rcband@hotmail.com

** Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da UFBA; especialista em Direito Público; bacharel em Direito pela UFBA; Contato: carolmiranda85@yahoo.com.br

Judiciário e passa por discussão dos direitos humanos afetados, por sua consideração macroestrutural na sociedade e adequação da prática punitiva a valores, normas, interpretação, além de efetividade punitiva e de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria da argumentação. Direitos fundamentais. Punição estatal. Discurso punitivo.

ABSTRACT

The theory of argumentation, a method of arriving at more just decision, and law's form of application and rationale can be used towards a reduction of punitive inconsistencies, in particular criminal penalties and imprisonment. This is because there is a detachment of the discourse of punishment from expectations and practical needs, in addition to not fulfilling their task of both defend and restrict fundamental rights proportionately to the threat and damage caused by the act sanctioned. The responsibility and duty of punishment consistency with fundamental rights, punitive legal discourse and political discourse lies with the Executive, Legislative and Judicial branches, and passes through the discussion of affected human rights, macro-structural consideration in society and the appropriateness of punitive practice to values, norms, interpretation, besides effective punishment and effective fundamental rights.

Keywords: Argumentation theory. Fundamental rights. State punishment. Punitive discourse.

INTRODUÇÃO

A teoria da argumentação, como forma discursiva de apresentação do Direito e da resolução dos casos analisados por ele, tem muito a contribuir em busca de soluções justas, análise e interpretação do Direito e dos fatos.

Por seu lado, a seara punitiva do Estado carece de atuação legislativa, executiva e judiciária para fazer aplicação mais adequada de instrumentos e possibilitar amplo desenvolvimento e mínima restrição a direitos fundamentais que correspondem atualmente a valor de

destaque no plexo valorativo dos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica, como se vê no Direito brasileiro.

A forma punitiva mais incisiva do Estado, o sistema penal, encontra-se em crise de legitimidade já de longa data estudada, entretanto poucas alterações vieram a mudar esse quadro, como observado pela Criminologia e Sociologia.

O discurso estatal da punição no Direito Penal diverge da realidade da sua aplicação e dos meios empregados para sua consecução. Faltam instrumentos alternativos e flexíveis a serem postos a serviço da sanção estatal para consecução de seu fim de direcionamento social de forma a evitar condutas danosas à sociedade.

No campo do Direito Penal, o discurso jurídico está mais restrito por princípio da legalidade e princípios de proteção do ser humano do alvedrio punitivo do Estado, o que não inviabiliza de nenhum modo a interferência das partes na resolução do conflito, o caráter argumentativo, a aplicação e sopesamento de princípios e a interpretação. Ao inverso, essas características são potencializadas para busca de justiça.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito se tem escrito sobre esse tema, quer pela importância e atualidade da questão, quer pela busca axiológica incessante no Direito decorrente da sua estrutura lógica formal ou sistêmica vazia de conteúdo material a ser preenchida conforme a época, valores, costumes, vetores reais de poder.

Numa Teoria Geral do Direito, a nosso ver, as referências teóricas kelsenianas (lógica formal) ou luhmannianas (teoria dos sistemas) contribuem para o pensar meramente instrumental, de sorte que o paradigma dos direitos fundamentais e dos direitos humanos serve de parâmetro efetivo para encontrar limites e viabilizar a aplicação do Direito.

Avançamos na intenção muito mais de deixar consignada a importância dos direitos fundamentais e de sua interação com o tema em questão do que levantar maiores debates acerca das abordagens desse tópico central do Direito contemporâneo.

Os direitos fundamentais estão em nosso ordenamento de forma basilar do sistema, tanto que Canotilho¹ os coloca como fundamento do seu chamado Estado Constitucional Democrático. Na lição de Mendes,² eles são direitos subjetivos e fundamentos da nossa ordem constitucional objetiva. Podem ser exigidos diretamente pelos seus titulares, além de formar a base do Estado de Direito democrático.

Agrega V. C. Franca,³ com base em Alexy, que, mesmo pretendendo ser os direitos do homem universais e formas de efetivação da justiça, eles não são absolutos. Tomá-los como absolutos seria abrir mão de ponderação, que é um dos mais úteis instrumentos na compatibilização de bens, interesses e princípios conflitantes no Estado Democrático.

Tratando-se de princípios, segundo Àvila,⁴ eles têm o dever imediato de promoção de uma estado ideal de coisas (regras: adoção de conduta descrita); o dever mediato de adoção da conduta necessária (regras de manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores); a justificação de correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas (regras: correspondência entre o conceito da norma e conceito do fato); e a pretensão de decidibilidade de concorrência e parcialidade (regras de exclusividade e abarcância).

Ele traz exemplos para asseverar que o “Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir um sentido usual de um dispositivo. Pode fazer dissociações de significados até então desconhecidos”.⁵ Não há o dever de realização de princípio na máxima medida, mas sim na medida necessária.

Bachoff,⁶ antecipando a importância a ser dada aos direitos fundamentais, os quais muitas vezes entendia como normas supralegais, também ao molde dos direitos humanos, já trazia, desde a década de 50, a possibilidade lógico-jurídica de declarar inconstitucionais normas constitucionais, quer seja pela contradição entre as cláusulas pétreas e as demais normas constitucionais modificáveis, quer seja por uma categorização hierárquica das normas constitucionais quando há contradição insolúvel entre elas, nem podendo utilizar-se do método regra-exceção, ou ainda por haver infração de direito supralegal positivado na lei constitucional.

Nos três vieses propostos, os direitos fundamentais se encaixam no ordenamento brasileiro como padrão de controle das próprias

normas constitucionais, significando o ápice da pirâmide do nosso ordenamento jurídico.

Efetivamente, em nossa Constituição, os direitos fundamentais, especificamente os direitos e garantias individuais, são cláusulas pétreas por força do art. 60, § 4º, IV, além de estarem, na valoração jurídico-filosófica, em posição de primazia desde a época em que o citado autor, Bachof, sustentou seus argumentos.

Outrossim, podem os direitos fundamentais ser entendidos como posituação de direito supralegal, como se manifesta Amaral.⁷

Amaral ainda sustenta que os direitos humanos irão variar ao longo da história, decorrentes sempre da dignidade da pessoa humana e “[...] notabilizam-se por ser pressuposto de existência da ordem jurídica”.⁸ A sua evolução não é só quantitativa, mas qualitativa, pois atualiza-se o sentido dos já existentes.

Nesse aspecto dos direitos fundamentais, podemos perceber que eles envolvem axiologia no Direito, decorrente muito do ideal kantiano de que homem é fim em si mesmo como imperativo categórico. Conforme Soares:⁹ “[...] uma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana pode ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça”.

No sentido de ser relevante o reconhecimento da normatividade aos direitos fundamentais, funcionando como: “[...] (i) critério de legitimação e aferição da validade das demais normas jurídicas; (ii) critério de interpretação das demais normas jurídicas, determinando a máxima proteção dos direitos fundamentais; (iii) estabelecer presunção relativa da existência de um direito subjetivo fundamental”, posiciona-se Galdino.¹⁰ Tais normas chegam a se confundir com normas de reconhecimento, citando a teoria de Hart.¹¹

Quanto ao tema da restrição aos direitos fundamentais, há duas doutrinas, basicamente, que disputam o assunto, as teorias internas e as externas.

Na teoria externa, há duas coisas, o direito e aquilo que o restringe, havendo o direito em si, não restringido, e o direito após a restrição. Na teoria interna, por sua vez, desenvolve-se a ideia de que não há coisas diferentes, mas sim o mesmo direito com determinado conteúdo.

Aqui não se fala de restrição, mas de limites. Essa definição dos limites dos direitos fundamentais é algo que lhe é interno, chamando-se de limites imanentes.¹²

Entendemos, conforme Alexy, a importância da distinção entre regras e princípios para uma valiosa interpretação dos direitos fundamentais e os limites de sua racionalidade, com utilização de ponderação e de otimização dos princípios, como traz Saldanha:¹³

Para Alexy os princípios são tidos como mandatos de otimização, ou seja, são normas que determinam que algo seja realizado mais amplamente possível, dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes. Desta forma, eles podem ser cumpridos em diferentes graus dependendo das possibilidades. Já as regras somente podem ser cumpridas quando elas forem válidas e assim se faz o que dizem, ou seja, as regras são determinações no âmbito do possível, fática e juridicamente [...]. A lei de colisão estabelece que os interesses opostos devem ser ponderados, e deve ser verificado qual dos interesses possui maior peso no caso concreto. Desta forma, se estabelece uma relação de precedência condicionada - onde se determinam condições para que um princípio preceda ao outro; ou incondicionada - onde não se determinam condições para que um princípio preceda ao outro. Pode-se mencionar também relações abstratas ou absolutas de precedência. Mas o importante nas colisões de princípios é saber sob quais condições um princípio tem precedência sobre o outro, e é aqui que o Tribunal mencionará as condições de precedência e a fundamentação da tese, que sob estas condições um princípio precede ao outro.

O que foi aqui tratado importa bastante no campo do Direito Penal, que trabalha com direitos fundamentais e sua restrição iminente, o que o coloca como forma mais ameaçadora do Direito à população.

Os ingredientes perversos do sistema penal se misturam de forma a agredir os direitos fundamentais da coletividade e de cada um dos envolvidos em infrações penais, uma vez que nem protegem a vítima e a coletividade de agressões a bens jurídicos, muito menos é dada oportunidade de socialização e integração do preso à sociedade, quando os regimes prisionais quaisquer que sejam (abertos ou fechados) são locais onde são estimuladas condutas contrárias ao Direito¹⁴ e há ausência completa do Estado.¹⁵

Por um lado, o Poder Legislativo não diversifica¹⁶ nem estrutura minimamente uma política criminal, a exemplo de reduções de tipos penais, respostas estatais diferenciadas de acordo com a gravidade das infrações, além de irrisoriamente escalonar reações proporcionais e gradativas de controle social.

O Executivo, que enfrenta os problemas práticos, não tem capacidade de reação em face das infrações em demasia, distorce o sistema penal com atuação repressiva e seus problemas reflexos, em que os envolvidos numa lide penal encaram a face mais dura do Estado que prega a igualdade, a justiça, a isonomia e o respeito aos direitos humanos.

Os problemas de estigmatização, reincidência, seletividade penal, formalismo, legalidade estrita, criminalização secundária, custos a direitos fundamentais e custos econômicos não são exaustivos. Ainda se pode acrescer o desrespeito a direitos humanos no cárcere, a dificuldade argumentativa e desigualdade real do discurso no caso de réus menos educados e capacitados, além da qualidade dos defensores, entre muitos outros itens não levantados nesta breve exposição.

O Judiciário, por sua vez, conta com excessivo rigor legalista na interpretação e aplicação do Direito na seara penal. Além de também contar com problemas de seletividade e formalização das instâncias de sorte a marginalizar réus que usualmente têm déficits cognitivos e argumentativos.

Dessarte, a interpretação pouco permeável à realidade punitiva estatal e os problemas que ocasiona, com o argumento de se tratar o Direito Penal de um campo sensível à proteção da sociedade e de suas relações intersubjetivas, não passam de um pedaço do argumento completo. Haja vista que, justamente por se tratar de campo sensível às relações sociais e de defesa de todos e cada um dos indivíduos, deve ele ser mais detalhadamente estudado em seus fundamentos de legitimidade e de justiça, com aplicação de princípios e ampla consideração argumentativa, a exemplo das consequências das normas.¹⁷

O Direito Administrativo tal qual o Penal tem largos estudos sobre o tema das restrições impostas ao particular pelo Estado, até porque são ramos que lidam primariamente com sanções. Vitta¹⁸

comenta a finalidade de punir, tratando de unificá-la para as sanções penais e administrativas e subsumindo a finalidade da punição ao Estado democrático e aos direitos fundamentais.

Conforme Sarmiento,¹⁹ existem situações em que o interesse da coletividade irá se chocar com direitos individuais. Então, dever-se-á analisar a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, ao que respondem negativamente Rawls e Dworkin. Este último, com visão liberal e antiutilitarista do Direito, nega a ponderação de princípios de direitos fundamentais com diretrizes políticas.

Ainda para Sarmiento,²⁰ “[...] a recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais”.

Com relação a esse tema, impende considerar a ótica individual do sancionado, com vistas à consecução dos seus objetivos individuais como proteção ampla de seus direitos fundamentais em conjunto com a ótica dos direitos fundamentais de cada indivíduo afetado pelos atos praticados pelo sujeito punido.

A nosso ver, essa questão deve estar dentro dos padrões da opção legislativa com sua legitimação democrática, a ser de todo modo interpretada e aplicada na esfera jurídica. Primeiramente, como dito acima, a restrição a direitos, imposições e meios de aplicações de sanções devem estar sempre de alguma forma postos em lei, especialmente no tocante às punições, que seguem diversos princípios constitucionais positivadores dos direitos humanos (direitos fundamentais) como anterioridade de previsão dos ilícitos e das penas.

Não obstante, o próprio legislador está adstrito a limitações no estabelecimento de punições ou meios de aplicação como instrumentos processuais, investigativos, entre outros. Entretanto, deveria também o legislador não ter deveres apenas negativos, mas sim deveres positivos de estabelecer punições e meios mais eficazes e consentâneos com a realidade da pessoa, com o ilícito cometido e com as demais circunstâncias relevantes.

O discurso jurídico da sanção estatal deve estar alinhado aos direitos fundamentais, o que significa dizer que devem ser passíveis

de ponderação e proporcionalidade, levando em conta a máxima efetividade e mínima restrição nos direitos do sancionado, o que se efetivará ao dotar-se o ordenamento jurídico de instrumentos criativos e variados para se adequar aos variados casos concretos.

A explicitação do problema deve ser passível de observação de forma macro no ambiente social, e não somente da microjustiça. Desarte, ao olhar para a questão apenas do âmbito individual da pessoa a ser punida, perde-se a visão do todo ignorado e das consequências atuais e futuras das decisões tomadas.

Para Amaral,²¹ os critérios de micro e macrojustiça põem em questão um “[...] somatório de escolhas individuais racionais produzem um resultado coletivo irracional”, a exemplo do dilema do prisioneiro citado por Rawls,²² em que a escolha individual favorece o indivíduo egoísta e prejudica o coletivo.

Assim, a aparente defesa a todo custo dos direitos fundamentais do indivíduo gerará consequências sociais muito mais danosas a todos os indivíduos considerados isoladamente e à sociedade em geral.

A punição atinge sua finalidade quanto mais certa e não desejada ela for. Ela age no âmbito da representação do risco de ser punido e da punição real a ser aplicada. Se ocorre descontinuidade numa dessas representações, a instabilidade social levará a muito mais infrações, muito mais violações de direitos fundamentais dos indivíduos passivos do ilícito e, por consequência, muito mais infratores a serem punidos no âmbito dessa ineficiência da punição estatal e seus meios de efetivação.

Em outras palavras, a proteção a direitos fundamentais a todo custo levará a mais violação dos direitos fundamentais do que se fosse utilizada ponderação e proporcionalidade no uso da punição e de seus instrumentos.

Nesse sentido, é que dizemos que o procedimento judicial do Direito Penal deve estar mais aberto a valores, princípios, interpretação e argumentação, análises consequencialistas e até econômicas dos direitos fundamentais em jogo e também a como maximizá-los, bem como maximizar a utilidade da punição e minimizar seus efeitos deletérios.

Longe de pretender a aplicação e proteção dos direitos fundamentais apenas dos penalmente acusados e condenados, aqueles devem

ser compreendidos para todos os envolvidos nas infrações, em regra, autor, vítima e coletividade.

Se assim não for, a visualização da punição estatal fica comprometida com uma visão puramente de defesa social exclusivamente da vítima e coletividade, por um lado, ou do autor, por outro. Tal parcialidade não se adapta aos fundamentos do Estado de Direito, direitos fundamentais e regras morais e normativas de universalização.²³

As formas de interpretação e aplicação do Direito Penal e a atuação dos Poderes tratados têm que considerar sempre os direitos fundamentais de todos os envolvidos em determinada infração, uma vez que uma característica desses é a extensão de sua aplicabilidade a todas as pessoas humanas.

AS GRAVES INADEQUAÇÕES ENTRE DISCURSO E PRÁTICA PENAL

Tratando-se de sanção, Reale²⁴ crê ser uma possibilidade, mas não uma certeza, havendo demasiados crimes e lesões sem efetiva sanção. O Direito não é visto apenas da perspectiva da norma e da sanção, mas também numa perspectiva axiológica: “A norma envolve o fato e, por envolvê-lo, valora-o, mede-o em seu significado, baliza-o em suas conseqüências, tutela o seu conteúdo, realizando uma mediação entre o valor e o fato”,²⁵ de modo que a sanção nem sempre será obrigatória, pois Direito não é só norma, mas também valor.

Podem-se distinguir dois aspectos do quanto trazido, primeiramente, numa análise consentânea com nossa proposição de que o discurso da punição, espécie de sanção que é, deve estar em conformidade com os valores, argumentos e realidade estabelecidos. Noutro lado, expõe-se o paradoxo do discurso de que o Direito está posto de forma igual para todos sem distinções (injustificadas), pressuposto basilar do Estado Democrático de Direito que, no entanto, se tornou clichê desacreditado.

O discurso de proteção aos direitos fundamentais não cria efetivamente estabelecimento de penas e meios que finalisticamente considerem o respeito a esses direitos fundamentais. Ao contrário, com base em premissas e discursos garantistas, chega-se à consequência inversa do discurso inicial, havendo, nesse discurso, um paradoxo.

Em síntese apertada, com a utilização de sanções e instrumentos para garanti-las rigidamente controlados por um discurso garantista de direitos fundamentais, efetiva-se, na prática, o desrespeito a esses direitos.

Considerando, não obstante com observações, a análise econômica do Direito, especialmente quanto à indevida inclusão da monetarização e a devida inclusão do abarcamento de valores, fica-se com a lição de Veljanovski:²⁶ “[...] os seres humanos respeitarão a lei apenas se for de seu interesse fazê-lo, e, de qualquer forma, eles tentarão minimizar as desvantagens que a norma legal lhes impõe”.

No pensamento econômico, e deste autor, a lei gera custos e benefícios, o que é visto pelo economista, mas ignorado por advogados, funcionários públicos e políticos. A análise custo-benefício tem a grande vantagem de avaliar a efetividade dos custos de forma a obter mais dos objetivos estabelecidos por menos custo.²⁷

Em nosso caso, o custo é a restrição dos direitos fundamentais e a implementação de punição e seu instrumental, e o objetivo é a diminuição da violação dos direitos fundamentais (tanto do Estado para os cidadãos quanto entre estes) de cada indivíduo considerado e, assim, da sociedade em geral. Não é intuito aqui desbancar o discurso garantista no direito penal ou criticar seus fundamentos, que são em grande parte acertados, mas sim demonstrar que o discurso estatal leva a paradoxos no estabelecimento de sanções. Não é necessariamente restringindo todo o Estado, a burocracia, regras e limitações acima do necessário que se conseguirá dar ampla efetividade aos direitos humanos.

Ademais, o inchaço do ordenamento jurídico pela edição cada vez maior de leis sancionatórias e penais, muitas vezes repetidas em reelaboração desnecessária de leis anteriores e microssistemas penais, gera distorções, como punições díspares pela reação maior causada por uma nova lei sancionatória, o descrédito no sistema geral e a falta de consciência da importância da legislação posta por sua perenidade.

De fato, novas edições de legislações punitivas sem trazer efetivos avanços ou reais necessidades, além de contradições no discurso das punições estatais, contradizem uma sustentação ideológica de consistência do sistema posto e do consenso e adesão a ele.

Nessa questão cabem as ponderações de Neves²⁸ sobre o que chama de legislação e constitucionalização simbólica, que seriam diversas formas de se positivar normas no ordenamento jurídico que estariam voltadas à inefetividade, postas para não alcançarem seus fins ou sabendo-se que não alcançarão. Em suas palavras:²⁹

À medida que a atividade constituinte e o discurso constitucionalista não têm correspondência nas posturas, sentimentos e intenções dos respectivos agentes políticos, ou seja, são ilocucionalmente 'insinceros', a constitucionalização simbólica não envolve 'ações comunicativas' referentes ao direito. Caracteriza-se, antes, como um plexo de ações estratégicas a serviço do meio sistêmico 'poder'. Não se trata de 'agir estrategicamente aberto', como aquele que se manifesta nas lutas entre facções políticas durante o processo constituinte e também nas contendas políticas e judiciais em torno da concretização constitucional. A constitucionalização simbólica implica 'agir ocultamente estratégico', seja ele 'comunicação deformada sistematicamente' (iludir inconscientemente) ou mesmo a simples 'manipulação' (iludir conscientemente). O sentido manifesto e aparente (normativo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional encobre, então, o seu sentido oculto (político-ideológico).

Assim, ele crê que, quanto mais se utilize desse expediente da legislação para dar aparência de resolução dos problemas sociais, mais haverá descrença no sistema jurídico, pois a sociedade sente-se enganada e o Legislativo é visto como cínico, transtornando a consciência jurídica. É justamente esse tipo de acontecimento que se deve evitar no tocante à punição, pois os direitos fundamentais são muito caros à sociedade e ao homem para serem levemente restringidos em legislações ineficazes e apenas como álibis de retórica estatal de repressão a ilícitos e coibição da infringência a direitos importantes na sociedade.

Ao tratar de instâncias formais de controle no sistema da justiça penal, Dias³⁰ traz uma realidade contundente estudada na perspectiva interacionista do *labeling approach*. Assim, a lei criminal faz seleção quantitativa (cifras negras como representação dos crimes não apurados ou sem solução); qualitativa (atuação dos costumes na falta e contra a lei na lei penal, antecipando sua mudança) e o processo formal de reação adapta os fatos, recria e conforma, escolhe-se o crime e amolda-se o fato.

Nessa adequação, tenderão a ficar de fora da seleção do sistema penal aqueles que, estando classificados nos preconceitos e representações sociais da polícia, sociedade e órgãos de controle, melhor se apresentem como cidadão. Ou seja, a pessoa enquadra-se na classificação de não criminoso por vias de maior *status* social, econômico, educacional, além de poder ter acesso a meios legais ou ilegais de asseguramento da exclusão da persecução penal, como contratação de advogados influentes, conhecimento de pessoas que podem livrá-lo da persecução, ou mesmo pela apresentação da sua argumentação bem desenvolvida de acordo com representações sociais de pessoa fora do enquadramento de criminoso.

Todavia, estando essas circunstâncias a desfavor da pessoa, quando ela se enquadra em grupo usualmente selecionado pelo sistema penal, com atitudes, comportamentos e aparência cujos preconceitos e representações sociais indiquem como fora dos padrões de boa conduta, assim como seu déficit educacional, argumentativo e econômico, ela será mais facilmente integrada a uma persecução penal.

Assim, no que toca à seleção e seus mecanismos, os desfavorecidos estão nas estatísticas, por conta da atuação dos órgãos estatais com base em estereótipos.

Quanto aos “sistemas” da justiça penal, eles não são integrados; pensam e agem diferentemente. A burocratização leva a relações de poder e a outros fins que não os de justiça, a exemplo da exigência de determinado número de casos julgados, de despachos, mas não de efetiva justiça.

É notório o atraso no Direito Penal no Brasil. Até no estudo teórico pouco se tem em conta sua tendência teleológico-funcional. Idem com relação a diferentes formas de resolução de conflitos penais, a exemplo de Direito Penal de duas velocidades com Silva Sánchez ou, conforme Hassemer, direito de intervenção, de características sancionadoras,³¹ contraordenações, minimalismo penal, abolição e justiça restaurativa no Brasil,³² havendo experiências em inúmeros países com resultados satisfatórios.³³

A crise no Direito Penal é ampla, política, ideológica e prática, uma vez que ele é ineficiente, seletivo e custoso, deixando de ser di-

reito da liberdade para ser da segurança, intervindo mais, com penas mais severas. De forma extremamente realista e direta, a criminologia crítica faz sua crítica ao Direito Penal, indicando que ele fora feito para proteger a classe dominante, então ele não está em crise, funciona bem.

Em estudo sobre o discurso e o poder, falando em subversão do princípio democrático e de desigualdades na distribuição do poder político, além de igualdade apenas formal na utilização de recursos retóricos, Boaventura³⁴ trata da “[...] monopolização dos recursos retóricos mais importantes e da conseqüente manipulação ideológica das massas por parte dos meios de comunicação social ao serviço do estado capitalista (e dos interesses de classe que ele veicula) ou de poderosos grupos de pressão privados”.

Ainda nesse relevante estudo jurídico-sociológico, ao observar o direito de comunidade carente, que contempla mais possibilidade retórica que o direito estatal, Santos faz algumas comparações com o ordenamento estatal, como na retórica do objeto, que é abordado internamente de forma a possibilitar ao máximo uma decisão que ponha fim efetivamente ao conflito no direito da comunidade. Também o poder relativo dos participantes no conflito e no discurso, com argumentação sobre o próprio objeto do conflito, os faz juízes intersticiais.

Outrossim, na retórica das formas e do processo, o direito da comunidade analisado em face do estatal também se apresenta menos rígido, mais flexível: “[...] as formas e os requisitos processuais mantêm um estrito carácter instrumental e como tal são usados apenas na medida em que podem contribuir para uma decisão justa da causa”.³⁵

Tais métodos analíticos podem ser utilizados com muita pertinência na retórica da punição estatal, já que a sanção no Estado se utiliza de discurso e de retórica própria e característica. Assim, quanto à retórica da decisão, demonstra-se que as decisões em termo de punição não agradam à sociedade, aumentando a sensação de insegurança, corroborando o sentimento de injustiça social, além da ocorrência de falta de explicitação das premissas e não concordância com as premissas implicitamente consideradas.

Na retórica das formas e do processo, deve haver diminuição da rigidez paralisante do processo, no qual qualquer erro é motivo

para anular todo um trabalho voltado para a eventual aplicação da sanção, que é relevante e cara à sociedade e à vítima, além da lentidão do processo e de muitas possibilidades de uso protelatório dos instrumentos processuais.

Assim, há necessidade de uma retórica da responsabilidade estatal e ética estatal. A responsabilidade seria a forma de tratar a questão sem menosprezo ao dano social e à reprimenda aplicável, sem protelações desnecessárias, sem considerações levianas no processo de forma a levar a anulação de muitos deles por erros técnicos corrigíveis ou desrespeitos a direitos fundamentais que não levariam logicamente à anulação proposta.

À guisa de exemplificação, trazemos casos de relaxamento de prisão em flagrante por uso indevido de algemas em julgado do TRF-1³⁶ e a Súmula Vinculante³⁷ n° 11. Nada contra a restrição do uso das algemas em casos claramente desnecessários, o que não se pode entender é a nulidade de prisão por uso de algemas.

Se, por desrespeito a direitos fundamentais do preso, fosse devido o relaxamento de prisão, não haveria necessidade de prisões no Brasil nem no mundo.

Deve ocorrer, sim, uma forma de reparar o cidadão pelo dano sofrido ou, muito melhor, já que não há retorno à *status quo ante*, quando se perpetra dano a direitos fundamentais, o implemento de medidas que visem à não ocorrência dessas violações.

Tal como é utópica a sociedade onde os próprios indivíduos não atentassem contra direitos fundamentais de outros ou cometessem condutas danosas à comunidade, também o é o Estado que também não cometesse tais irregularidades, até porque o Estado nada mais é do que parcela representativa dos próprios cidadãos daquela mesma sociedade que busca regular.

O discurso utilizado naquele caso real: “A prisão ocorrida com uso desnecessário de algemas é nula”, e da SV n° 11, não faz conexão das premissas com a conclusão, é falacioso, garantista da forma mais ultrajante à sociedade e aos cidadãos individualmente considerados em sua expectativa ao respeito a seus direitos fundamentais e atenta contra o próprio sistema punitivo, fazendo-o incoerente, promotor de

insegurança e desrespeitador de direitos fundamentais tanto de quem está preso quanto de quem espera promoção do respeito aos direitos fundamentais.

Impende ressaltar que, no caso, analisa-se a soltura somente por fato desconexo a contexto punitivo estatal, que prescindir de informação ligada à condução do indivíduo que nada tem a ver com ocorrência do fato sancionado ou com elementos que interfiram na sua apuração, como produção de provas etc. Ou seja, não se está a analisar o crime e suas características, se a prisão é a melhor forma de lidar com ele ou outras considerações dessa natureza.

Uma retórica que falte com a responsabilidade estatal necessária faz com que pessoas punidas suportem a carga de prevenção geral de todas as outras não punidas, afetando a finalidade da punição como elemento de dissuasão do cometimento de ilícitos.

Ademais, faz com que as vítimas, atuais ou futuras, pessoas violadas em seus direitos fundamentais de forma horizontal, pelo cometimento dos ilícitos que se quer ver minorado, paguem preço também pela falta de punição, uma vez que ocorrerá menor dissuasão ao cometimento desses ilícitos.

Ainda na retórica, também far-se-ia interessante uma retórica da punição adequada, em que falta ao Estado um comprometimento com punições tendentes à máxima efetividade (alcance dos fins de retribuição, prevenção geral e específica) e ao mínimo comprometimento dos direitos fundamentais, o que, a nosso ver, demonstra a justiça da punição estatal. Nesse caso, caberia muito bem a análise econômica do Direito.

Tal análise deve buscar justamente o dito acima: punição com máxima efetividade e mínima afetação a direitos fundamentais. Não se deve confundir isso com uma análise monetária, como pôr em comparação duas punições igualmente justas e decidir qual a mais barata aos cofres públicos.

A análise econômica do Direito pode realizar análises monetárias, mas nosso enfoque é da Economia como ciência que estuda as melhores escolhas, as escolhas que envolvem menor custo, ou maior custo-benefício, enfim, a otimização das punições buscando a justiça, sempre tendo em vista a ponderação, a proporcionalidade e a valoração.

Quanto à retórica política da punição estatal (o discurso estatal oficial), poder-se-ia dizer que as premissas escolhidas e as consequências lançadas pelo Estado são paradoxais ou até mentirosas, pois aquela traça normas para uma situação ideal que finge existir (que o sistema penal é igualitário, humano, justo, funciona de acordo com fins constitucionais e não de acordo com suas funções latentes e não divulgadas), ao invés de adaptar tais normas à realidade, que é notória e cotidianamente divulgada em estudos científicos ou mesmo em meios de comunicação de massa. Ademais, o Estado não cumpre seu papel de busca dos direitos fundamentais da pessoa e adequação punitiva à melhor solução, apesar de oficialmente se declarar guardião desses direitos, o que cabe uma breve consideração:³⁸

Em não sendo possível sustentar uma moralidade absoluta na atividade política, há de se considerar a possibilidade do uso da mentira e da violência como formas de alcance das metas políticas. Todavia, e isso estamos tentando demonstrar, não significa que uma impossibilidade de realização da moralidade absoluta deva conduzir o agente político a descambar para uma desvinculação total da perspectiva moral na ação política. A máxima de que os fins justificam os meios não deve ser tomada de tal sorte que negue um sentido para a política, respaldado numa consideração ética nas suas ações de gestão da coisa comum.

Como exemplo de inadequação e paradoxo do discurso punitivo estatal, pode-se citar a Polícia, analisada em estudo criminológico fecundo de Dias e Andrade,³⁹ a partir do qual trataremos as inconsistências da sua atuação. Desde já, fique consignado que seja a Polícia, seja outras instâncias de atuação no ramo penal, como o Ministério Público ou o Poder Judiciário, todas serão objeto de estudos e críticas em suas atuações, não havendo, assim, *capitis diminutio* para as instituições policiais em frente a outros órgãos do sistema criminal.

Os autores, então, baseados em estudos interacionistas, comentam a existência da discricionariedade real, a Polícia como símbolo mais visível do sistema formal de controle, linha de frente da repressão penal, tem papel determinante no processo de seleção.

Ela age com maior discricionariedade (chamada “de fato” ou em “sentido sociológico”), sem presença dos demais atores processuais e

em contato direto com leigos. Pode agir da estrita legalidade à admoestação ou simples apatia, num grande leque de opções.

Com isso a Polícia toma a maior parte das decisões políticas. Quanto aos crimes conhecidos, esclarecidos e processados: os crimes conhecidos em geral não decorrem de atitude proativa, mas de reação, que leva em conta até características da denúncia, e são o limiar da criminalidade oficial; crimes esclarecidos: poucos crimes chegam a ter autor descoberto, a depender dos tipos de crime; crimes processados: há divergência nos números, a Polícia age de forma a entender crimes à sua maneira e cria sua política criminal, à margem ou contra a lei.⁴⁰

Já em outra obra, percebe-se, no texto de Minahim,⁴¹ a atenção à incoerência e ao descolamento do discurso jurídico posto em face da realidade. É citado apenas como demonstração de casos comuns, como no exemplo de mulher que foi condenada a mais de dois anos de prisão por haver furtado dois pacotes de fraldas, e uma pessoa que cumpriu mais de cinco anos de reclusão por furto de um galo de briga.

Ainda são citados os problemas da seletividade e criminalização secundária pelo Estado. Também aborda a desproporcionalidade de penas, especialmente quando ligadas à proteção do patrimônio, além de altas taxas de reincidência após prisão, mesmo em locais de alta qualidade prisional, como a Escandinávia.

A autora deixa em aberto a questão das soluções a serem dadas. O que cremos passar, possivelmente em todos os casos, pela democratização e abertura à argumentação das decisões em sede de política criminal e, como caso específico, soluções pontuais e que abrangem resposta a muitos problemas enfrentados pelo Direito Penal ou os minora consideravelmente, a exemplo da Justiça Restaurativa e substitutivos penais, Direito Penal de duas velocidades, direito de intervenção, de características sancionadoras: contraordenações, minimalismo penal, abolição.

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CAMPO PUNITIVO E CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO

Passando a considerações dos direitos fundamentais e à sua efetiva aplicação no campo punitivo do Direito Penal, pode-se con-

siderar que os problemas teóricos e práticos não devem ser cindidos em abordagens que considerem, *v.g.*, apenas a dogmática jurídica, deixando à Sociologia ou à Criminologia todas as consequências de um sistema logicamente bem elaborado, mas que na prática funciona com graves distorções.

De fato, antes de visualizarmos os problemas ocasionados por um sistema jurídico, podemos pensá-lo irretocável logicamente, numa visão pura do Direito. O estudo sistemático, por si só, não irá demonstrar onde efetivamente suas disposições e princípios serão reafirmados ou infirmados, gerando contradições e paradoxos no discurso jurídico, mas somente com a observação prática da realidade.

Na interação sistêmica em movimento entre os sistemas e seu entorno é que as amplas possibilidades de acontecimento dos fatos ocorrerão ou não.⁴²

Já o método tópico pode buscar melhores soluções para os problemas encontrados nas disposições do sistema, pois esse é justamente seu sentido metodológico. Por isso não se deve abandonar nenhuma das formas de soluções de conflitos e aplicação do Direito, sob pena de não serem consideradas alternativas mais plausíveis ou viáveis.

A prática penal deve observar ao máximo possível os direitos fundamentais envolvidos e buscar maximizá-los, além de, como tarefa principal, servir como referencial para mudanças e transformações nos instrumentos teóricos e legislativos.

O conhecimento teórico também não pode ignorar a prática e a realidade posta, pois seria aceitar as incongruências e ilegalidades (porque não dizer inconstitucionalidades e imoralidades) do sistema penal e equivaleria à concordância com estas.

Se a realidade aponta paradoxos no uso do sistema e da sanção penal, não é cabível a omissão de um Estado que avocou para si a proteção da sociedade e dos indivíduos, que prega igualdade e respeito a direitos humanos.

Tampouco é aceitável postura doutrinária de alheamento da realidade ou não aceitação de formas diversificadas de diminuição da incoerência do sistema penal por apresentarem outros defeitos, menores, porém, do que os do sistema posto. Assim é que, à parte de

toda a crítica à falência da pena de prisão, à sua pouca funcionalidade como prevenção geral, específica e socialização, também se pode acrescentar ao rol de inconsistências o discurso protetivo dos direitos fundamentais e de penas dignas.

É pacífico que os locais de prisão de condenados ou presos preventivos, com raras exceções, são insalubres, atentam quanto à incolumidade física dos presos, tanto do ponto de vista da violência interna inerente ao cárcere quanto devido à sua superlotação e ausência do Estado e do Direito.

O Estado não consegue reprimir as condutas mais danosas à sociedade, nem (res)socializar os apenados, muito menos criar mecanismos para que os ilícitos sejam evitados ou os culpados sejam eficientemente sancionados. Com isso, a sensação de insegurança e as infrações a normas sancionatórias elevam-se à medida que se diminui a certeza da punição, o que leva ao raciocínio de que, por uma lado, há infratores gravemente infligidos em sua liberdade, integridade física, passando por diversos tipos de tortura física e mental, independentemente da valoração sobre utilidade e “merecimento” ou não dessa pena, estejam esses delinquentes condenados ou apenas presos preventivamente; enquanto outros, devido a regras processuais rígidas, sistemas investigativos ineficientes e limitados por outras normas estatais, seletividade, influência e poder econômico, juntamente com um discurso protetivo oportunista dos direitos fundamentais do acusado, veem-se acobertados pela impunidade.

O Estado, como detentor de poder emanado pela própria sociedade, está menos axiologicamente limitado no uso desse poder numa perspectiva quantitativa do que no aspecto qualitativo. O poder deve (e não “pode”) ser visto como dever, conceito esse bem trabalhado no Direito Administrativo, numa análise muito mais valorativa do Estado Democrático de Direito que puramente dogmática. Dever estatal para poder agir de maneira a melhor atender aos anseios e necessidades da sociedade detentora do poder.

Com base nisso, não há que falar em rubor do Estado em manifestar o poder, devendo utilizá-lo de modo a realizar o avanço social valorado de forma positiva. Assim, falar em utilização do poder consentânea com o respeito à pessoa, mínima intrusão nos direitos fun-

damentais, ocasionando segurança jurídica, é forma de agregar valor ao uso da sanção e de realizar direitos fundamentais.

Em que pese a positivação no ordenamento jurídico, em especial o constitucional, de valores sensíveis ao mundo ontológico e axiológico do homem, ao se falar em dignidade da pessoa, direito à vida, intimidade, democracia, entre outros, está-se tratando de valoração que existe de forma autônoma aos ordenamentos jurídicos. Valoração esta que mudará conforme a análise empírico-dialética que se fizer, método adotado por Cossio⁴³ para tal estudo.

Na sanção, em que são demonstrados os aparatos coercitivos do Estado e sua coação efetiva no caso da sanção negativa, deve-se pesar a técnica a ser utilizada para conseguir comportamentos pretendidos, buscando-se evitar destinar caro, importante e robusto aparato estatal para reprimir condutas que de outro modo pudessem ser direcionadas, até para que não sejam utilizados recursos indistintamente e falte efetividade ao controle das condutas mais perniciosas e difíceis de serem guiadas.

Noutra visão, também a sanção e, por consequência última, a força física, não deve ser utilizada em casos que *a priori* tenham soluções mais modestas, interferindo assim no mínimo dos direitos fundamentais, como propugnam doutrinadores de escol, numa valoração robusta e acertada de proteção desses direitos.

Faz-se mister, então, que todo conhecimento produzido, com esteio em disciplinas várias,⁴⁴ seja adequadamente considerado e ponderado em face das reais inadequações e limitações da realidade criminal. Tudo isso à luz dos direitos fundamentais, haja vista o caráter axiológico do Direito e sua referência a padrões valorativos dos quais não se pode prescindir.

Assim, ordens puramente lógico-formais ou sistêmicas existem por si e para si, como a Matemática que tem seus dogmas e padrões predefinidos ou como as ciências biológicas e físicas que formam sistemas que se autorregulam e interferem sem aparente referência a valores, o que não é o caso do Direito.⁴⁵

Para Perelman,⁴⁶ essa distinção entre ciências empíricas e ciências sociais traz importante consequências para a validação do conhecimento. Dessarte, não há no Direito apenas meios formais de se comprovar

uma asserção por um raciocínio puramente dedutivo e formal, sem que se considerem quaisquer outros elementos.

Assim o fosse, regressaríamos a um discurso em que o juiz é a boca da lei, engessando qualquer capacidade interpretativa e abdicando de soluções a todos os casos, haja vista as leis serem finitas e as situações da vida em disputa serem infinitas. Por óbvio, o exegetismo sucumbiu como ideal de aplicação do Direito perfeito e acabado que não precisaria senão de máquinas para julgar os casos.

O Direito é validado na forma de verossimilhança, pelo provável, não pela evidência e pela lógica formal da passagem necessária das premissas à conclusão. Distingue-se aí o raciocínio dialético, sujeito à refutação por outros argumentos, do analítico, que tem seu campo delimitado a uma eterna subsunção de proposições, na qual se pode afirmar o certo e o errado.⁴⁷

Positivistas como Hart (e mesmo Kelsen) demonstram a inescapável obrigatoriedade da interpretação e da abertura do Direito na sua fundamentação e aplicação,⁴⁸ o que, no entanto, não deixa esse autor tão permeável a influências valorativas e principiológicas quanto se poderia esperar, porém apenas o levando a conferir discricionariedade judicial pela impossibilidade de encontrar no Direito vigente a exata solução do caso concreto.⁴⁹

Já o sucessor de Hart na cátedra, Dworkin, vê sistema jurídico como um complexo de normas diretrizes e princípios não alheios às regras de Justiça, além de adepto a modelo de decisão judicial vinculada à resposta correta, ao invés de livre apreciação e voluntarismo judicial. Para Martins e Oliveira,⁵⁰ seguindo sua crítica ao positivismo de Hart, Dworkin baseou a distinção entre regras e princípios numa natureza lógica, em que princípios seriam exigências de justiça, equidade ou moralidade.

Indo além, MacCormick,⁵¹ sem abandonar completamente as ideias de Hart ou as de Dworkin, agregou o elemento da retórica na própria consecução do Estado de Direito (*Rule of Law*) e propõe teoria sobre argumentação no Direito, por ser disciplina argumentativa, devido à sua forma dialética.

Nesse diapasão, ao tratar da aparente insolubilidade do Estado de Direito como segurança da aplicação de regras predefinidas, claras

e inteligíveis a todos os cidadãos e o caráter argumentativo do Direito, que pressupõe tese e antítese apresentadas com o objetivo de persuasão e convencimento, MacCormick sustenta tanto a compatibilidade entre eles quanto uma relação de imbricação e necessidade recíproca.⁵²

Não são contraditórios a argumentação e o Estado de Direito, pois a certeza não é o único valor presente no Estado, além de ser a certeza, *defeasible*, ou seja, excepcionável, provisória, o que comunga com o caráter argumentativo do Direito.

O Direito não é ciência exata e por isso não tem decisões de caráter demonstrativo, mas sim interpretam-se os conceitos, o alcance, o sentido da lei. Seu caráter é dialético, argumentativo e busca a validade de determinada asserção ou tese pelo uso de melhores argumentos e convencimento, o que não impede uma argumentação fundada apenas na lei, entretanto quaisquer outros elementos, assim como a lei, trazidos a cada caso, poderão influir como *topos*, no dizer de Viehweg.⁵³ O *topos* nada mais é do que um elemento de convicção acerca de certo posicionamento sobre uma questão posta em discussão, a ser ainda dado o peso adequado a cada argumento.

Não se pode, então, limitar o discurso apenas com instrumentos legais, até porque, em nossa construção constitucionalista, a lei está à disposição dos representantes do povo na medida de sua criação consentânea com normas maiores estabelecidas na Carta Maior.

Desse modo, faz-se necessária a construção teórica e legislativa, visando à melhoria prática da aplicação do Direito Penal, com medidas como Justiça Restaurativa, gradação nos tipos de sanções, Direito Penal de duas velocidades, direito de intervenção, de características sancionadoras, contraordenações, minimalismo penal e até abolição de certos tipos, em busca de minorar lesões a garantias individuais constitucionais do autor e da vítima, ao tempo em que se amplia a garantia coletiva de segurança social, por meio do uso do sistema penal para casos mais graves e condutas mais danosas.

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser sempre buscada, seja na interpretação, aplicação e fundamentação do Direito, seja nos modelos legislativos ou de políticas públicas. Outrossim, as referências ao caráter argumentativo do Direito referendam uma forma de solução

de conflitos como a Justiça Restaurativa com a busca de consenso pela argumentação das partes.

Na Justiça Restaurativa, haja vista a capacidade de legitimação democrática e forma de busca de justiça mais próxima do ideal, quando é viabilizado diálogo em busca de consenso entre as partes envolvidas em conflito, temos um grande salto qualitativo para o Direito.

Nas gradações dos tipos de sanções, a via penal não será utilizada de imediato, havendo lesão à vítima e à sociedade que não justifique essa intervenção mais danosa.

Conjuntamente, as contraordenações como formas administrativas de penalização, além de controle regulatório e restritivo de direitos, podem servir de intermédio entre uma sanção penal e a completa ausência de sanção, como na abolição de crimes.

A diminuição de persecução penal pela via da restauração traz benefício ao autor que encontra estímulo à reparação dos danos causados e também à vítima que pode influir no resultado da ilicitude que sofreu e também obter alguma compensação, ao invés de ser, no sistema penal tradicional, apenas objeto idealizado de proteção dos bens jurídicos, atacada pela defesa do réu sempre que favorável aos interesses da defesa, objeto de prova pela acusação, entre outros ônus.

Assim, visualizam-se, na Justiça Restaurativa, benefícios à coletividade, igualmente na aplicação dos outros substitutivos penais, que são formas mais econômicas, viáveis e menos segregantes. Inicialmente porque a dispensa da pena dar-se-ia para crimes de menor gravidade que não necessitam de proteção penal rigorosa sequer limitativa da liberdade, como nos delitos em que não seria aplicada pena privativa de liberdade ou esta seria apenas irrisória, analisados outros fatores socialmente relevantes, como reincidência, por exemplo.

Isso faria com que o sistema penal atuasse com menor número de casos, fomentando o funcionamento mais eficaz e célere para casos que realmente têm importância social pela danosidade e gravidade dos fatos envolvidos, além da economicidade com um processo penal custoso, pouco eficaz, muitas vezes tendente à prescrição e que nada tem de preventivo nesses casos de pequena importância penal.

Destarte, a potencialização dos direitos fundamentais dos envolvidos e da sociedade fica patente sobre a ótica dos substitutivos penais (gênero) ou da restauração (espécie), neste caso, com benefício ainda da solução da questão conflitual decorrente do fato de o ilícito ser resolvido pelas partes, consensualmente, após livre argumentação mediada, devolvendo, ainda que em casos determinados, o poder de autodeterminação das partes, tendendo a haver maior integração social e ao direito, além de reconhecimento do ordenamento jurídico pela sua ingerência direta e viabilização concreta.

Havendo respeito aos direitos fundamentais da pessoa, o Estado somente pode limitar a liberdade do indivíduo na esfera penal desde que restrinja sua atuação ao mínimo indispensável à convivência em sociedade, a chamada intervenção mínima ou dignidade penal,⁵⁴ e quando outras intervenções ou soluções menos custosas a direitos basilares já não puderem ser utilizadas por não serem efetivas à prevenção dos delitos a subsidiariedade ou a carência penal. Assim Santana⁵⁵ assevera:

Hoje, contudo, é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, por si só, e de forma definitiva, a questão da criminalização. Como, ainda, acentua Costa Andrade, à legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela (Schutztechnik). É a redução desta complexidade sobrance que se espera do conceito e do princípio de carência de tutela penal. Segundo o citado autor, no plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de última ratio do direito penal. A afirmação da carência de tutela penal significa que a tutela penal é também adequada e necessária (geeignet und erforderlich) para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos. A carência de tutela penal é analisada, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (geeignetheit) do direito penal para assegurar a tutela, e para fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade.

Nesse raciocínio, com os instrumentos à disposição do Direito como os citados princípios do Direito Penal e os direitos fundamentais, não é viável outra conclusão senão a de que é cogente a utilização de meios menos gravosos quando possam responder à altura da prevenção das condutas sociais malignas ao convívio. Especialmente quando a não utilização desses meios alternativos viáveis ocasionar outro mal à vítima, ao autor do delito ou à sociedade, ou até a todos estes juntos, o que é usual no sistema penal convencional.

Igualmente, não se pode furtar à conclusão de que a justiça criminal e seus órgãos de persecução devem realizar trabalho de maior qualidade, sério e célere quanto mais as condutas sejam perniciosas ao convívio social, e isso só é possível, na realidade brasileira, e talvez na maioria dos países, havendo seleção de crimes de maior ofensividade, meios alternativos de solução de conflitos e formas distintas do modelo repressivo atual. Ou, então, conformarem-se as pessoas e o Estado às cifras negras, à seletividade e às prescrições mesmo em crimes graves, e ao descrédito das instâncias oficiais.

Do exposto, conclui-se que, na seara penal, não pode haver efetivação dos direitos fundamentais sem se cotejar o arcabouço teórico e legislativo com seu andamento prático. A realidade da aplicação do sistema penal distorce regras e princípios, além de as medidas legislativas nem sempre estarem em sintonia com direitos fundamentais da sociedade, vítima e autor de delito.

Nesse quadro, são esperadas e devem ser estimuladas soluções sistêmicas ou tópicas, desde que bem fundamentadas e analisadas nas suas consequências, preferencialmente integradas à realidade social específica (e não apenas uma importação de modelos sem análise crítica e consequencialista). Uma argumentação voltada para a prática e uma análise teórica dos instrumentos atuais, quando postas em atuação, considerando dados multidisciplinares (criminologia, ciências sociais, psicologia forense etc.), são indispensáveis a um modelo cada vez mais protetivo dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, para a pacificação e integração social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade, Estado e comunidade científica devem participar na formação de argumentos e na discussão sobre o tema das punições estatais e direitos fundamentais, buscando uma conformação social ao direito ou o seu aprimoramento nas instâncias burocráticas, práticas e também doutrinárias.

Então, não é aceitável a propositura de um discurso punitivo estatal legalmente posto distinto do discurso político e ambos alheios à realidade punitiva e a seu paradoxo ante as normas e valores que informam seus fundamentos e fins.

Os Deveres (Poderes) Legislativo, Executivo e Judiciário são participantes de destaque na efetivação dos direitos fundamentais e devedores de sua promoção no campo punitivo, forma destacada que é de utilização da força organizada pelo Estado e de restrição e concretização, ao mesmo tempo, dos direitos do homem.

Na visão aqui proposta, os direitos fundamentais atuam de modo decisivo no escoramento da punição estatal e não podem ser analisados de forma unilateral, muito menos respeitados apenas formal e teoricamente, alijando-se deles na aplicação do direito punitivo, máxime nas sanções penais e prisões.

O discurso punitivo estatal e sua prática, em conjunto com os direitos humanos, devem afinar-se e, nessa tentativa, a forma argumentativa do Direito e sua busca pela justiça como melhor decisão, considerados os *topos* influentes no Direito a ser aplicado, fazem da teoria da argumentação um método valioso na redução das inconsistências punitivas.

Assim, considerações sobre o contexto social e punitivo referente a valores, interpretação, princípios e efetividade devem ser incluídas na pauta político-legislativa, na atuação executiva do Estado e na aplicação do Direito.

NOTAS

¹ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

² MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2: “Os direitos fundamentais são, a um

só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.”

- 3 FRANCA, V. C. **Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2009: “Direitos do homem podem se pretender universais, como podem pretender a sua plena positividade, institucionalização e justiciabilidade na qualidade de direitos fundamentais. Isto não significa, todavia, que sejam absolutos. Tomar direitos fundamentais como absolutos é despedir-se da ponderação. Despedir-se da ponderação significa lançar fora um dos mais úteis instrumentos na busca da compatibilização entre inúmeros bens e interesses em contradição num pleno Estado Democrático” (p. 132).
- 4 ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.
- 5 Ibid., p. 53.
- 6 BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?** São Paulo: Livraria Almedina, 2009.
- 7 AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha, critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 48-49: “Direitos fundamentais é termo empregado para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade [...]. A expressão direitos humanos é usada para referir aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, que independem de positividade. Já a expressão Direitos fundamentais é empregada para referir aos direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento”.
- 8 Ibid., p. 53.
- 9 SOARES, R. M. F. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2008. p. 159.
- 10 GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7.
- 11 HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- 12 FRANCA, V. C., op. cit., p. 92-93.
- 13 SALDANHA, L. B. **Estudo da teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua aplicação em casos concretos**. 2008. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul/RS, 2008. p. 23-24.
- 14 MATHIESEN, T. et al. A caminho do século XXI: Abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, E.; SILVA, R. B. D. da (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997. v. IV, p. 263-287.
- 15 BATISTA, V. M. A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, M. L. (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 16 DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- 17 MACCORMICK, N. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 136.
- 18 VITTA, H. G. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67: “Pode-se alegar que a sanção penal teria por escopo punir os infratores, e, assim, seria diferente da finalidade da sanção administrativa, pois esta visaria a desestimular os prováveis infratores. Contudo, esse modo de pensar não tem consistência; toda sanção tem por finalidade desestimular as pessoas a cometerem ilícitos. A punição não é o fim da pena; é efeito, apenas, do ato impositivo desta, ao sujeito. Toda sanção acarreta a punição do infrator, mas o fim dela não é este, é o de evitar condutas contrárias ao Direito. Isso decorre do regime democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do respeito aos valores fundamentais da sociedade”.

- 19 SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 84.
- 20 Ibid., p. 86-87.
- 21 AMARAL, op. cit., p. 97-98.
- 22 RAWLS, J. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 297.
- 23 GÜNTHER, K. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 23: “O princípio de universalização ‘U’ desempenha o papel de uma regra de argumentação que deve proporcionar a passagem de evidências empíricas, a respeito das consequências e dos efeitos colaterais de uma aplicação geral da norma sobre as necessidades de cada um individualmente, para a norma que representa em si um interesse geral”.
- 24 REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 262: “Quantas e quantas violações da lei jurídica não são perpetradas sem consequências! Não nos referimos só aos crimes impunes por ignorados, mas às lesões jurídicas que se verificam no plano do Direito Civil ou do Direito Comercial, e que passam, muitas vezes, despercebidas ou sem qualquer emenda ou sanção.”
- 25 Ibid., p. 262-263.
- 26 VELJANOVSKI, C. **A economia do direito e da lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 40.
- 27 Ibid., p. 54-55.
- 28 NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- 29 Ibid., p. 119.
- 30 DIAS; ANDRADE, op. cit., p. 365 et. seq.
- 31 YACOBUCCI, G. J. Los desafios del nuevo derecho penal. In: FÖPEL, G. (Org.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- 32 SANTANA, S. P. de. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- 33 SICA, L. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 34 SANTOS, B. de S. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 95-96.
- 35 Ibid., p. 31.
- 36 BRASIL. 2009. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Processo Penal. *Habeas Corpus*. USO DESNECESSÁRIO DE ALGEMAS. NULIDADE DA PRISÃO. “1. A utilização da força só é possível: a) quando indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga; b) e quando os meios forem necessários para a defesa ou para vencer a resistência. 2. O uso de algemas só é possível quando imprescindível para a prisão do cidadão. O seu uso abusivo constitui crime de abuso de autoridade. 3. A prisão ocorrida com o uso desnecessário de algemas é nula. 4. O uso desnecessário das algemas tem por objetivo, tão-somente, humilhar, aviltar, ferir a dignidade do homem. 5. Se a utilização das algemas for exorbitante constitui abuso, conforme estabelece a Lei 4.898, de 09.12.1965, arts. 3º, i (‘atentado contra a incolumidade do indivíduo’) e 4º, b (‘submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei’).4.8983º 6. Ocorrendo a utilização irregular de algemas, cabe ao Ministério Público determinar a apuração do fato. Devendo-se-lhe, pois, encaminhar peças do presente feito. (22329 GO 2009.01.00.022329-4, Relator: Juiz Tourinho Neto, Data de Julgamento: 05/05/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/05/2009 e-DJF1 p.82)” (Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4127201/habeas-corpus-hc-22329-go-20090100022329-4-trf1>>. Acesso em: 8 jul. 2012).
- 37 BRASIL. 2008. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e

- de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/08/2008. Fonte de Publicação: DJe nº 157 de 22/8/2008, p. 1; DOU de 22/8/2008, p. 1 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 8 jul. 2012).
- 38 FRANCA, L. **Entre o niilismo e a utopia**: a busca pela dignidade política em um diálogo com as ideias de Hannah Arendt. 2006. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2006. p. 46.
- 39 DIAS; ANDRADE, op. cit.
- 40 Ibid., p. 454.
- 41 MINAHIM, M. A. Inovações penais. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 77-86, jul./dez. 1997.
- 42 MOURA, B. De O; MACHADO, F. G. de P.; CAETANO, M. A. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Sociologia Jurídica*, v. 9, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann>>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- 43 COSSIO, C. **La teoría egológica y su concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 144: “La valoración jurídica, considerada por aparte a su vez, nos lleva al reino de los objetos culturales: es el sentido de un objeto egológico como razón de dicho objeto; es el sentido de una conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Acá la actitud que cabe al jurista para aprehender este dato por comprensión, también es adecuación necesaria y fija: una interpretación pre-normativa. Sobre esta base, con método empírico-dialéctico, obtendrá como resultado la Estimativa positiva del Derecho”.
- 44 FALCÓN Y TELLA, M. J.; FALCÓN Y TELLA, F. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? São Paulo: RT, 2008. p. 30: “A necessidade de um enfoque multidimensional do tema castigo deriva da sua profundidade e complexidade. A sanção deveria ser vista, no futuro, como uma matéria a ser contemplada não apenas do ponto de vista jurídico e criminológico, mas também como uma instituição social complexa em sua função e seu significado, que, estudada com o cuidado suficiente e a atenção adequada, reflete uma forma de vida que introduz clareza na análise do tipo de sociedade na qual o castigo se impõem e das pessoas que a compõem”.
- 45 SICHES, L. R. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973. p. 172-173.
- 46 PERELMAN, C. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1: “Com efeito, conquanto não passe pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional, faz três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento. Esse fato deveu-se ao que há de não-coercivo nos argumentos que vêm ao apoio de uma tese. A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo. Ora, a concepção claramente expressa por Descartes, na primeira parte do Discurso do método, era a de considerar ‘quase como falso tudo quanto era apenas verossímil’. Foi ele que, fazendo da evidência a marca da razão, não quis considerar racionais senão as demonstrações que, a partir de idéias claras e distintas, estendiam, mercê de provas apodícticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas”.
- 47 Ibid., p. 5.
- 48 HART, op. cit., p. 140-141: “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta”.
- 49 PINTO, M. M. M. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v. 37, p. 69-91, 1997/1998.

- ⁵⁰ MARTINS, A. C. M.; OLIVEIRA, C. L. de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 241-254, jan./jun. 2006.
- ⁵¹ MACCORMICK, op. cit., p. 18.
- ⁵² Ibid., p. 42: “Há um risco de mal compreender o ‘Estado de Direito’ como ideal se o tomamos isoladamente. Quando o fazemos, nós talvez ressaltamos seus aspectos mais estáticos, que prometem certeza jurídica e segurança de expectativas jurídicas. Mas o mesmo ideal possui um aspecto dinâmico também, ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado”.
- ⁵³ VIEHWEG, T. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964.
- ⁵⁴ SANTANA, S. P. de. **A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 122: “A dignidade penal deve ser entendida, segundo Costa Andrade, como a expressão de um juízo de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade [...]. Num plano sistemático, a dignidade penal assegura eficácia à ideia de que somente os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (Schutzwürdigkeit) devem gozar de proteção penal. Nesta medida, e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão guarida ao princípio da proporcionalidade”. À página 123: “Num plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos. Num plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica”.
- ⁵⁵ Ibid., p. 123.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha, critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?** São Paulo: Livraria Almedina, 2009.

BATISTA, V. M. A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, M. L. (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte

do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/08/2008. Fonte de Publicação: DJe nº 157 de 22/8/2008, p. 1; DOU de 22/8/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Processo Penal. Habeas Corpus. USO DESNECESSÁRIO DE ALGEMAS. NULIDADE DA PRISÃO. 1. “A utilização da força só é possível: a) quando indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga; b) e quando os meios forem necessários para a defesa ou para vencer a resistência. 2. O uso de algemas só é possível quando imprescindível para a prisão do cidadão. O seu uso abusivo constitui crime de abuso de autoridade. 3. A prisão ocorrida com o uso desnecessário de algemas é nula. 4. O uso desnecessário das algemas tem por objetivo, tão-somente, humilhar, aviltar, ferir a dignidade do homem. 5. Se a utilização das algemas for exorbitante constitui abuso, conforme estabelece a Lei 4.898, de 09.12.1965, arts. 3º, i (‘atentado contra a incolumidade do indivíduo’) e 4º, b (‘submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei’).4.8983º 6. Ocorrendo a utilização irregular de algemas, cabe ao Ministério Público determinar a apuração do fato. Devendo-se-lhe, pois, encaminhar peças do presente feito. (22329 GO 2009.01.00.022329-4, Relator: Juiz Tourinho Neto, Data de Julgamento: 05/05/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/05/2009 e-DJF1 p. 82)”. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4127201/habeas-corpus-hc-22329-go-20090100022329-4-trf1>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSSIO, C. **La teoría egológica y su concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DIAS, J. de F. **Direito penal: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. tomo 1.

DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FALCÓN Y TELLA, M. J.; FALCÓN Y TELLA, F. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** São Paulo: RT, 2008.

FRANCA, L. **Entre o niilismo e a utopia: a busca pela dignidade política em um diálogo com as ideias de Hannah Arendt.** 2006. 187 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2006.

FRANCA, V. C. **Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.** 2009. 171 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2009.

GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GÜNTHER, K. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MACCORMICK, N. **Retórica e Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, A. C. M.; OLIVEIRA, C. L. de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 241-254, jan./jun. 2006.

MATHIESEN, T. et al. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, E.; SILVA, R. B. D. da (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.** São Paulo: IBCCRIM, v. IV, p. 263-287. 1997.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAHIM, M. A. Inovações penais. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 77-86, jul./dez., 1997.

MOURA, B. De O; MACHADO, F. G. De P.; CAETANO, M. A. O direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Sociologia Jurídica*, v. 9, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PERELMAN, C. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PINTO, M. M. M. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v. 37, p. 69-91, 1997/1998.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALDANHA, L. B. **Estudo da teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua aplicação em casos concretos**. 2008. 258 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul/RS, 2008.

SANTANA, S. P. de. **A culpa temerária**: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, B. de S. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

SICHES, L. R. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973.

SOARES, R. M. F. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2008.

VELJANOVSKI, C. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VIEHWEG, T. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964.

VITTA, H. G. 2003. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

YACOBUCCI, G. J. Los desafios del nuevo derecho penal, In: FÖPEL, G. (Org.). **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Artigo recebido em: 14-8-2012

Aprovado em: 25-10-2013