

1

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DA LUTA POR RECONHECIMENTO

Amaury Silva¹

RESUMO

Este trabalho aborda o modelo de Justiça Restaurativa como substituto do sistema retributivo de sanções aplicadas pelo Estado por intermédio do direito penal. Registra os fundamentos filosóficos que sustentam a Justiça Restaurativa como mecanismo a ser habilitado para fins de solução mais efetiva dos conflitos sociais que são etiquetados como infrações penais. Explicita ainda, a forma de atuação do método, expondo suas vantagens e formas de intervenção consensual. Expõe a base teórica da luta por reconhecimento e a posiciona como referência central para a consolidação da Justiça Restaurativa e concretude de um ideal de justiça respaldado pelos direitos humanos.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Método consensual. Modelo retributivo. Luta por reconhecimento. Direitos humanos.

ABSTRACT

This paper discusses the model of restorative justice as a substitute for retributive system of penalties imposed by the State through criminal law. Records the philosophical foundations that underpin restorative justice as a mechanism to enable for more effective

¹ Juiz de Direito. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Estudos Territoriais (Criminologia e Direitos Humanos). Professor Graduação e Pós-Graduação (Direito).

troubleshooting purposes of social conflicts that are labeled as criminal offenses. It explains also the form of method acting, exposing their advantages and forms of consensual intervention. Exposes the theoretical basis of the struggle for recognition and position as a central reference for the consolidation of Restorative Justice and concreteness of an ideal of justice supported by human rights.

Keyword: Restorative justice. Consensual method. Retributive model. Struggle for recognition. Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modelo integrador e reação ao delito. 3. Justificativa para um modelo alternativo: a justiça restaurativa. 3.1. Justiça restaurativa e bem jurídico. 4. Luta por reconhecimento e sua inserção na base axiológica da justiça restaurativa. 4.1. Elementos intersubjetivos do reconhecimento. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sistema criminal é objeto de permanente e intenso debate. E não sem razão, as discussões acadêmicas e técnicas são comentadas e comparadas pela visão e reação social quanto à percepção dos níveis de insegurança pública e impunidade.

Esses elementos: parâmetros científicos e posicionamento do senso comum são as condicionantes para a intervenção da política criminal que é praticada. Não necessariamente em uma ordem preestabelecida e tampouco de forma equilibrada e com distinção da relevância de cada um desses elementos.

O preponderante em termos de política criminal praticada é uma eficácia formal e pontual quanto aos resultados, que se informa e opera em torno do imediatismo. O caos há de ser resolvido ou lançada uma impressão de sua solução, o quanto antes, mesmo que não existam condições para eliminar, mitigar ou gerir a fabricação do caos.

2. MODELO INTEGRADOR E REAÇÃO AO DELITO

Na plataforma dos modelos reativos ao conflito social, catalogado como infração penal, a perspectiva de integração se articula pela ousadia de buscar uma efetividade da proteção à sociedade de maneira

abrangente. Não se propõe o sectarismo entre os atores atingidos por uma violação derivada do impasse social que recebe a etiqueta do delito. Todos são ofendidos, por isso, tudo pode ser restabelecido.

De Vitto (2005, p. 43) assevera:

[...] o modelo integrador se apresenta como o mais ambicioso plano de reação ao delito. Ele volta sua atenção não só para a sociedade ou para o infrator, mas pretende conciliar os interesses e expectativas de todas as partes envolvidas no problema criminal, por meio da pacificação da relação social conflituoso que o originou. Deste modo, pugna pela restauração de todas as relações abaladas, o que inclui, mas não se limita à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura positiva do infrator.

A construção da justiça restaurativa se apresenta como uma alternativa ao modelo retributivo, ou seja, imposição exclusiva de sanção àquele que viola o direito (liberdade). No modelo retributivo, a justificativa para a pena é a regra universal de liberdade como reconhece Kant, citado por Melo (2005, p. 55) para quem:

De fato, é essa regra universal de liberdade que dá o sentido da pena. Se tudo o que é contrário ao direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, se um determinado uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, contrário ao direito), então a coação, portanto a pena, que se lhe opõe, concorda com a liberdade segundo leis universais, é portanto conforme ao direito e, por conseguinte, ao direito está também associada a faculdade de coagir quem o viola, de harmonia com o princípio lógico da contradição.

[...]

Sua função, na relação com os demais integrantes do corpo civil, não pode, contudo, voltar-se para outra coisa senão a afirmação desta liberdade universal. Daí que a pena nunca pode servir apenas de meio para fomentar outro bem, quer para o próprio delinquente, quer para a sociedade civil, pois, do contrário, o homem estaria sendo manejado como simples meio para os propósitos de outrem e confundido entre os objetos do direito real.

A insuficiência do modelo retributivo pode ser referendada por uma abordagem empírica e percebida na concretude. A retribuição

é intensamente extensa em tempo e ações, sem um correspondente de pacificação que preserve a liberdade e evite a violação ao direito. Os efeitos colaterais são perversos, quer seja em relação ao infrator, vítima, sujeitos que integram a comunidade mais proximamente afetada pelo delito, enfim, à própria coletividade e ao Estado.

Sob a perspectiva da fundamentação filosófica do modelo retributivo, a crítica se ajusta à permanência factual do problema insolúvel, ao qual ele se propõe. Ora, inacessível ao modelo retributivo de sanção penal a obtenção da seguridade pela convergência no apaziguamento entre o sofrimento imposto à vítima pelo infrator e o sofrimento imposto pela pena ao infrator.

Melo (2005, p. 59) sintetiza:

Nesta discussão que travamos, se o sofrimento causado pela vítima não pode nunca ser amparado por inteiro, porque a experiência vivida não se apaga, ao agressor tampouco é possível ter querido algo distinto daquilo que quis no momento de sua ação. O direito e a justiça, num tal modelo retributivo, portanto, funda-se apenas na sucessão de imposições de sofrimento, mantendo o homem, com isso, sempre preso a uma situação passada, insuscetível de reversão para dar margem ao novo, o que se justifica por este olhar centrado marcadamente no passado, não no presente, muito menos no porvir.

3. JUSTIFICATIVA PARA UM MODELO ALTERNATIVO: A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O referencial teórico que orienta a justiça restaurativa, segundo Melo (2005, p. 61) pode ser entendido como originário do pensamento de Nietzsche. Não é estabelecido o objetivo de que o confronto contido na violação ao direito seja preferencialmente dirigido para a solução pelo direito penal. Ao contrário, prioritariamente o direito das obrigações deve ser o elemento indicado para essas intervenções.

A pena como resposta de castigar não pode receber uma atribuição que não consegue desenvolver. A ideia de pacificação social e retorno ao estado anterior não tem como se sobrepor, à consecução possível de arranjos negociados e articulados para uma existência conjunta que seja mais suportável, tolerável e tolerante.

Ainda, segundo Melo (2005, p. 57), as observações de Foucault, em torno da questão referente às relações de poder, devem ser consideradas como base conceitual da justiça restaurativa. Para o sistema comum, em que figura a perspectiva retributiva da pena, a institucionalização da justiça, a partir de um terceiro elemento, diverso daqueles envolvidos no conflito traz como resultante a perda da autonomia desses atores para a solução próxima aos seus genuínos interesses. Em decorrência de valores já inseridos ao padrão da oficialização do justo, vinculados à ideia de uma verdade absoluta, a transigência entre os sujeitos fica prejudicada.

Foucault (2011, p. 42), ao analisar o vínculo do sistema judiciário com o poderio armado, e como seu substituto automático, identificou a imposição das soluções impostas, em franco detrimento das formas consensuais de distensão dos conflitos, afastando-se os envolvidos do protagonismo:

Substituir as guerras privadas por uma justiça obrigatória e lucrativa, impor uma justiça em que ao mesmo tempo se é juiz, parte e fisco e, substituindo as transações e acordos, impor uma justiça que assegure, garanta e aumente em proporções notáveis a extração de parte do produto do trabalho, isso implica que se disponha de uma força de coação.

Em uma aferição pragmática da atuação do sistema de justiça restaurativa verifica-se que a resolução dos conflitos se concentra em um método baseado na mediação expansiva. Essa formulação é condizente com a orientação dos fundamentos teóricos justificantes do modelo restaurativo.

Tanto a vítima como o infrator e a comunidade recebem vez e voz, para a articulação de uma solução como resposta aos interesses e direitos abalados e ofendidos pela ação delituosa. A resposta não toma como orientação principal o simbolismo retributivo ou a necessidade de expiação.

Paz e Paz (2005, p. 126) explicam a instrumentalização de um encontro ou jornada restaurativa:

Os programas de Justiça Restaurativa habilitam a vítima, o ofensor e os membros afetados da comunidade para que estejam

diretamente envolvidos – junto ao Estado – a fim de dar uma resposta ao delito.

. É uma maneira de pensar sobre o delito e a resposta a suas consequências.

. Busca a reintegrar à comunidade tanto a vítima como o ofensor.

. Reduz, a partir da prevenção, as possibilidades de danos futuros.

. Necessita do esforço cooperativo da comunidade e do Estado.

. Entende o delito como gerador de uma ferida nas pessoas e um rompimento em suas relações. Isto cria a obrigação de por as coisas em ordem.

A Justiça Restaurativa convoca a vítima, o delincente e a comunidade na busca para soluções que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança.

A Justiça restaurativa tem cinco tópicos básicos:

1 – O delito é mais que uma violação à lei é um desafio à autoridade do governo.

2 – O delito implica um rompimento em três dimensões: Vítima / delincente / comunidade.

3 – O delito fere a vítima e a comunidade.

4 – A vítima, a comunidade e o delincente, todos, devem participar para determinar o que está ocorrendo e qual o caminho mais adequado para a restauração do dano.

5 – A resposta deve basear-se nas necessidades da vítima e da comunidade e nunca na necessidade de evidenciar a culpa do infrator, os perigos que este represente, nem sua história de delitos.

O acordo restaurativo é atingido após a intervenção daqueles atores, formando-se um consenso que deixa de impor penas privativas da liberdade ou restritivas de direito. Retira-se o caráter estigmatizante de uma medida imposta exclusivamente pelo Estado. Pinto (2005, p. 24) esclarece que as soluções contidas nos acordos restaurativos podem envolver pedido de desculpas, reparação, restituição e prestação de serviços comunitários.

Esses conteúdos contribuiriam segundo Pinto (2005, p. 25) para a obtenção da reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais decorrentes da violação, colaborando ainda para a restauração e a inclusão, além de uma paz social com dignidade, ao contrário do oferecido pelo sistema retributivo (paz social com tensão).

Nesse ponto, é oportuno sublinhar que o sistema criminal, a partir da consideração de que o direito penal seja o utilitário do Estado para proteção de bens jurídicos, se alimenta desse objetivo também, isto é, tutelar bens jurídicos.

3.1 Justiça restaurativa e bem jurídico

Feito esse destaque, necessário entender o diálogo possível entre justiça restaurativa com o bem jurídico. A proteção aos bens jurídicos como mecanismo a ser utilizado pelo direito penal se situa como elemento de contenção aos excessos e abusos que o Estado exerce em razão do direito / poder de punir.

Uma visão do sistema criminal compatível com o Estado Democrático de Direito resulta na admissão de que o direito penal deve ser invocado apenas quando ocorrer severa lesão a bem jurídico de elevada categorização, justificando-se a resposta de maior intensidade.

Roxin (2006, p. 26) anota que o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos orienta o espectro de incidência do direito penal:

[...] serve-me, antes de tudo, como linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito.

Essa consagração ao ideário de proteção ao bem jurídico pelo direito penal é objeto de uma densa abordagem doutrinária. Para esse respaldo, Lemos (2014, p. 19) apresenta o seguinte apontamento:

Sem descurar dos novos interesses, Silva Sánchez ressalta da característica do Direito Penal como um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes.

A referência maior de proteção do cidadão e da coletividade em um Estado Democrático de Direito é a Constituição, com suas garantias e limites balizadores representados pelos bens jurídicos ali protegidos. É dizer: cumpre ao legislador criar tipos penais cujo parâmetro inafastável seja a referida norma fundante, compreensão esta, aliás, que nos parece neutralizar críticas direcionadas ao caráter de circularidade do conceito de bem jurídico.

Numa linha mais radical, Figueiredo Dias chega ao ponto de sustentar a inconstitucionalidade de norma penal que não tenha como lastro a proteção de um bem jurídico definido.

Pelo visto, em torno dos arranjos de mediação e suas finalidades, como parâmetro incorporado às práticas de justiça restaurativa, o modelo alternativo à retribuição em momento algum ignora a relevância do bem jurídico. A partir de uma afetação concreta do bem jurídico para os delitos de dano, um dos escopos mais salutarés da atuação restaurativa é possibilitar a reparação do dano.

Mesmo em consideração aos chamados crimes de perigo, a afetação fictícia ao bem jurídico ou a modulação para perspectivas de garantia e tutela antecipadas não há qualquer embaraço na atuação de uma proposição restaurativa. Como proteção antecipada podem ser mencionadas as hipóteses que se referem à impossibilidade de rebai-xamento dos níveis de segurança na área de saúde (crimes envolven-do drogas e falsificação de medicamentos), trânsito (crimes com esse perfil) e integridade física (crimes referentes às restrições para porte e posse de armas).

Nesse universo, a justiça restaurativa opera de maneira direta nas relações estabelecidas entre sujeito ativo e comunidade, bem como em relação aos sujeitos passivos individualizados, dependendo da conexão dos fatos em concurso com crimes que comportem a identificação de vítima individual.

Assim, a justiça restaurativa não se isola como instrumento de intervenção educadora, a partir de um excesso de atuação do Estado em eventos de conflitos sociais, com uma ideologia de padroni-zação e inflexibilidade no controle exercido pelo sistema criminal. Ao contrário, a restauração pretendida além de abranger os desdobramentos materiais e diretos da ação delituosa, visa promover a interação social entre os atores para a articulação necessária ao apazigua-mento de ânimos em prol da convivência.

4. LUTA POR RECONHECIMENTO E SUA INSERÇÃO NA BASE AXIOLÓGICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Com essa amostragem, abre-se oportunidade para que a justiça restaurativa encontre referência como fundamento filosófico na luta por reconhecimento. Na realidade, é possível admitir que o modelo

restaurativo constitui uma verdadeira ferramenta para a adoção da luta por reconhecimento no cenário complexo e cáustico do sistema penal.

A luta por reconhecimento baseia-se em uma eticidade que se consubstancia pela relação de reconhecimento mútuo. A partir dessa conjuntura, o confronto, o conflito social e a violência são decorrências da ausência de reconhecimento entre os sujeitos sociais.

Honneth (2009, p. 78), hoje o principal articulador dessa abordagem filosófica, define:

Para a relação de reconhecimento, isso só pode significar que está embutida nela, de certo modo, uma pressão para a reciprocidade, que sem violência obriga os sujeitos que se deparam a reconhecerem também seu defrontante social de uma determinada maneira: se eu não reconheço meu parceiro de interação como um determinado gênero de pessoa, eu tampouco posso me ver reconhecido em suas reações como o mesmo gênero de pessoa, já que lhe foram negadas por mim justamente aquelas propriedades e capacidades nas quais eu quis me sentir confirmado por ele.

Essa problemática do conflito social é a matéria-prima do fenômeno criminal. O paroxismo da crise social é a negação do reconhecimento, cujo domínio do estado de direito em contraponto ao estado de natureza passa a exigir como configuração de delito.

Por isso, o modelo de justiça restaurativa se impregna da luta por reconhecimento. Na realidade seu objetivo é levar ao campo do efetivo, a luta por reconhecimento.

Os consensos inaugurados com o formato restaurativo constituem a mola propulsora do reconhecimento. Desde a gênese da compreensão do que seja o reconhecimento, obtida em Hegel, conforme acentuado por Honneth (2009, p. 63), como uma inerência universal aos homens é possível tal percepção:

[...] Hegel tronou a derivação teórica da luta por reconhecimento um pouco mais clara do que no texto anterior da época de Jena. A virada para a filosofia da consciência permite-lhe agora transferir os motivos do começo do conflito inequivocamente para o interior do espírito humano, o qual deve estar constituído de modo que ele, para realizar-se integralmente, tem de pressupor um saber sobre seu reconhecimento pelo outro, a ser adquirido somente de maneira conflituosa: o indivíduo só pode se proporcionar

um sentimento de garantia a respeito de ser reconhecido por seu parceiro de interação mediante a experiência da reação prática com que aquele responde a um desafio deliberado, ou mesmo a uma provocação.

4.1 Elementos intersubjetivos do reconhecimento

Os padrões de reconhecimento intersubjetivo são possíveis a partir dos elementos como amor, direito e solidariedade. É essa a perspectiva de Honneth (2009, p. 155) ao se debruçar sobre os pensamentos de Hegel e Mead e sua psicologia social.

O reconhecimento denegado é a fragilização dessas pontuações, campo fértil e deflagrador dos confrontos da criminalidade.

Honneth (2009, p. 157/8) desenvolve a ideia de aproximação entre o conteúdo hegeliano e de Mead sobre o reconhecimento:

Embora não se tenha encontrado nos escritos de Mead um substituto adequado para o conceito romântico de “amor”, sua teoria, como a de Hegel, desemboca também na distinção de três formas de reconhecimento recíproco: da dedicação emotiva, como a conhecemos nas relações amorosas e das amizades, são diferenciados o reconhecimento jurídico e o assentimento solidário como modos separados de reconhecimento. Já em Hegel são atribuídos respectivamente a esses três padrões de reciprocidade conceitos especiais de pessoa, no sentido de que a autonomia subjetiva do indivíduo aumenta também com cada etapa de respeito recíproco; mas só em Mead é dada à intuição inscrita nisso a versão sistemática de uma hipótese empírica, segundo a qual o grau de relação positiva da pessoa consigo mesma se intensifica passo a passo na sequência das três formas de reconhecimento.

Ao marcar a estrutura das relações sociais de reconhecimento, Honneth (2009, p. 211) enumera em associação como modos de reconhecimento: dedicação emotiva, respeito cognitivo e estima social. Em contraponto, as formas de desrespeito, respectivamente seriam maus-tratos e violação, privação de direitos e exclusão, e degradação e ofensa.

Nessa mesma ordem de ideias, os componentes ameaçados da personalidade seriam integridade física, integridade social e “honra” e dignidade.

5. CONCLUSÃO

A lógica da luta por reconhecimento orienta com fundamentos o mecanismo de justiça restaurativa. Começa por proclamar que o sistema de retribuição penal é insuficiente para que as estruturas sociais e as relações entre os sujeitos sejam restabelecidas. Não há solução a não ser reanimar os padrões de amor, direito e solidariedade que deveriam ser respeitados desde a fase anterior ao exaurimento promovido pelo conflito social.

O modelo retributivo evidencia e incrementa a afetação àqueles padrões, ou em relação a eles, permanece indiferente. Somente a justiça restaurativa com seu modelo de entender o conflito na sua dialética de reciprocidade, no seu formato plural é que tem condições de inverter a consequência inócua e maléfica da pena como um fim em si mesmo.

Os fundamentos que a tessitura filosófica de sustentação à luta por reconhecimento pode oferecer ao modelo de justiça restaurativa, servindo-se dele para fins de permitir que o campo da efetividade possa se beneficiar das construções teóricas, possibilitará o reconhecimento do modelo restaurativo, não como meramente alternativo ou simbólico, mas protagonista da transformação necessária.

Sen (2009, p. 436) alerta para a impossibilidade de resolução dos impasses na sua integralidade por um sistema racional de justiça, porém, diz que o limite do razoável é a própria razoabilidade:

A justiça é uma ideia de imensa importância que moveu as pessoas no passado e continuará a movê-las no futuro. E a argumentação racional e o exame crítico podem realmente oferecer um grande auxílio para ampliar o alcance e refinar o conteúdo desse conceito fundamental. No entanto, seria um erro esperar que todos os problemas decisórios com os quais a ideia de justiça tenha alguma relação concebível fossem resolvidos por meio do exame arrazoado. E também, como dissemos antes, seria um erro supor que, já que não é possível resolver todas as disputas através do exame crítico, então não teríamos bases sólidas suficientes para utilizar a ideia de justiça nos casos em que o exame racional leva a um juízo conclusivo. Vamos até onde podemos razoavelmente ir.

E é sob um viés de fortalecimento e amadurecimento que deve ser trabalhado o conceito e prática da justiça, sabendo-se de sua limitação, mas com o inconformismo de buscar seu permanente aprimoramento.

6. REFERÊNCIAS

DE VITTO, Renato Campos Pinto; MELO, Eduardo Rezende; PAZ, Silvana S.; PAZ, Silvana M.; PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al*, *Justiça restaurativa*. Coletânea de Artigos. Ministério da Justiça / PNUD, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

LEMOS, Bruno Espiñeira. *Discussões atuais de direito penal*. Relato de uma breve experiência na Alemanha. Editora Letra da Lei, 2014.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.