



O PLURALISMO JURÍDICO SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

THE LEGAL PLURALISM IN THE PERSPECTIVE OF JUSTICE RESTORATIVE

Kathiuscia Gil Santos¹

Resumo: O Estado democrático no Brasil, diante da crise jurídica atual anseia por um pluralismo jurídico concreto. Portanto, reconhecer os fenômenos jurídicos e a sua capacidade em resolver as situações problemáticas, seria uma forma mais eficiente e menos onerosa às suas liberdades individuais de fazer justiça. O objeto do presente trabalho é demonstrar ao leitor que a construção do Direito é tarefa de todos. Desta forma, se contrapor ao positivismo é redefinir um lugar do Direito na vida social, é retirar o poder da ideologia que o concebe como um conjunto de regras. Sob o viés da Justiça Restaurativa de maneira receptiva ao concurso vertical da sociedade, como alternativa à máquina deficitária em crise de legitimidade do Estado, reafirma-se a urgência em se pensar um novo modo de produção do Direito. Portanto, é emergencial uma renovação de mentalidade compatível com as exigências da sociedade pós-moderna em formação, sobretudo nos domínios em que não há tradição de devolução dos poderes aos geradores do poder.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico – Pós-modernidade- Renovação de mentalidade- Justiça Restaurativa.

Abstract: The democratic state in Brazil, given the current legal crisis longs for a concrete legal pluralism. Therefore, recognizing the legal phenomena and their ability to solve problematic situations, it would be more efficient and less costly way to their individual freedoms to do justice. The present work object is to show the reader that the construction of the law is everyone's job. Thus, to oppose the positivism is to redefine a place of law in society, it is to remove the power of ideology that conceives it as a set of rules. Under the obliquity of Restorative Justice receptive manner to vertical competition of society as an alternative to deficient machine in state legitimacy crisis reaffirms the urgent need to think in a new mode of production of law. So is emergency a mentality of renovation compatible with the requirements of the post-modernity society in formation, particularly in areas where there is no return to the tradition of powers to the power generators.

Keywords: Post-modernity - Renewal mentality - Restorative Justice.

¹Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Especialista em Direito Processual Civil (Universidade do Sul de Santa Catarina). Professora de Direito Penal e Processo Penal.

1 INTRODUÇÃO

Que o mundo vai de mal a pior, é uma queixa tão velha quanto a própria história (KANT, 1974, p. 365).

Sinais de declínio jurídico podem ser percebidos facilmente se constatada a realidade social jurídica atual. Neste particular, o Estado não deve ser exclusiva fonte do Direito.

Não há mais como cercear a sociedade de usufruir de outras fontes jurídicas. Portanto, para que isso ocorra, é necessário inicialmente confrontar os valores que são aliados à justiça social, revertendo assim a tendência do Estado em simplesmente impor normas, criminalizar condutas e punir de forma desproporcional; após, é imprescindível superar o princípio de que somente as instituições estatais constituem ordens jurídicas, e assim, reconhecer o pluralismo extra-estatal como medida válida que dissolve conflitos.

Percebe-se, na atualidade, que entre os diversos modelos tradicionais de realização do Direito destacam-se aqueles voltados para uma maior racionalidade. A respeito, ressalta (ALMEDINA, 1998, p. 113) que, na caracterização da modernidade, sobreleva, como um dos traços mais profundos e consensuais, a apoteose da racionalidade, cuja apetência objetivadora e generalizadora tudo reduz à indiferença de papéis, em um universo de funções vazias de sentido.

Um dos grandes problemas da crise da modernidade e da construção ainda em fecundação, na pós-modernidade, sem sombra de dúvida, se encontra na dimensão institucional da Sociedade, na medida em que a crise do Estado alcança uma ressonância quase universal, a perpassar as organizações sociais de substrato urbano-industrial.

As atuais exigências ético-políticas colocam a obrigatoriedade da busca de novos padrões normativos, que possam melhor solucionar as demandas específicas advindas da produção e concentração do capital globalizado, das profundas contradições sociais, das permanentes crises institucionais e das ineficazes modalidades de controle e de aplicação tradicional da justiça.

Daí a relevância do tema abordado, tendo em vista a prioridade, hoje, de se questionar, repensar e reconhecer as mais diversas e crescentes manifestações normativas não-estatais/informais, reflexos de um fenômeno maior, que é o pluralismo jurídico.

Na sociedade moderna, o Estado se caracteriza, exatamente, pelo monopólio da produção e aplicação do Direito. Entretanto, fazendo uma análise da falência do atual sistema, em especial ao penal, mostra-se nítida a insuficiência do modelo do monismo jurídico estatal, pois não se adequa à sociedade contemporânea. Novas formas alternativas para a resolução de conflitos passaram a ganhar relevância no mundo jurídico.

O centralismo jurídico é um mito que não promove a verdadeira justiça, não é capaz de solucionar os conflitos de forma satisfatória para todos. Durante séculos se manteve irredutível do ponto de vista jurídico, mas hoje há um reconhecimento da criação e aplicação do Direito em espaços normativos diversos pautados por novos argumentos de validade jurídica, que adota novas manifestações de ações participativas, novas práticas normativas, inclusive no mesmo espaço sociopolítico, no qual a interação de conflitos e consensos tem sua racionalidade alicerçada nas necessidades existenciais, materiais e culturais.

É nesse contexto que se localiza a Justiça Restaurativa, pois se apresenta como um novo paradigma, que oferece resposta ao crime inspirada nos valores transmodernos de convergência, humanização e “alteridade” (TIVERON, 2014, p. 31). Ela reconhece o crime como um conflito humano e propõe um modelo penal mais reparador e integrador.

A Justiça Restaurativa promove uma intervenção tridimensional sobre o crime: mediante a reparação dos danos patrimoniais e emocionais das vítimas, com a responsabilização e reintegração do ofensor e pela participação comunitária no processo (ANDRADE, 1998, p. 113). Esse novo paradigma de justiça ainda em construção, nada mais é do que a prova cabal de que a sociedade reconhece o pluralismo jurídico como fenômeno decorrente da complexidade humana.

É a partir da inadequação da concepção unitária e centralizadora do direito, e das exigências da nova realidade complexa dos conflitos humanos, que nasce o pluralismo jurídico. Ele se baseia na existência de mais de uma realidade social, dando atenção às várias formas de ação prática e a complexidade de áreas sociais

com características próprias que compõem o mundo jurídico ao qual estamos imersos.

Repensar a questão do pluralismo nada mais é do que a tentativa de buscar outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda à modernidade, pois as profundas transformações sociais e econômicas porque passam a sociedade exige um novo paradigma alternativo.

Meios alternativos de resolução de conflitos devem ser estimulados em tempos atuais, dando à Justiça Restaurativa a oportunidade de florescer, abrindo uma chance para que um novo paradigma penal seja concretizado através do pluralismo jurídico.

O monismo jurídico tem se apresentado como uma instância inerte, lenta, burocraticamente ritualizada, comprometida com os “donos do poder”, agravada, ainda mais, pela falta de recursos materiais e humanos que atestam a falência da própria ordem jurídica estatal.

O alcance dessa crise tem suscitado discussões entre os operadores do direito. Observa-se o surgimento de uma posição crítica com relação a este estado de realidade, o que não significa que o Direito deixou de ser uma hierarquia com preposições normativas, porém ao longo dos anos tem se mostrado cada vez mais frágil.

No afã de rechaçar antigas receitas punitivas, a Justiça Restaurativa se mostra viável diante do cenário social hodierno. Vislumbra-se a possibilidade de procedimentos alternativos com baixo nível de institucionalização dentro do próprio sistema legal vigente, que pode contribuir para o conseqüente alargamento de autoregulação na administração da Justiça. Nesse diapasão, o modelo apresentado viabiliza nova prática jurídica, mais flexível e mais ágil na construção de um espaço público plural e mais democrático de legalidade.

Para melhor organização e compreensão da pesquisa ora apresentada o trabalho será dividido em três partes. Inicialmente, será feita uma abordagem acerca dos aspectos conceituais do pluralismo jurídico; após será demonstrada a decadência do positivismo face à crise do centralismo jurídico; e, finalmente, enfrentar-se-á a temática proposta, qual seja, a emergencialidade da Justiça Restaurativa na construção de uma sociedade pós-moderna.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO

O pluralismo jurídico localiza-se numa rica e complexa multiplicidade de interpretações, possibilitando enfoques marcados pela existência de mais de uma realidade, de amplas formas de ação e da diversidade de campos sociais com particularidade própria.

O pluralismo surge exatamente como contestação da pretensão exclusivista do Estado. Constrói a concepção da concomitância de ordens jurídicas no mesmo espaço-tempo e, a partir daí, nega-se a pretensão de “onipotência” do Estado. Portanto, embora com pretensão de cientificidade, teria “uma bem precisa carga ideológica: a revolta contra estatualismo, contra a centralização do poder e contra o crescimento das funções do Estado (NEVES, 2016, p. 56).

Compreender suas tendências com origens diferenciadas e caracterizações singulares, envolve um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. Não é fácil consignar certa uniformidade de princípios essenciais, em razão da diversidade de modelos e de autores, aglutinando em sua defesa desde matizes conservadores, liberais, moderados e radicais até espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc. Esta situação de complexidade não impossibilita admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito. Na verdade, trata-se de uma perspectiva descentralizadora e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios tecno-formais positivistas (WOLKMER, 2001, p. 15).

O tema pluralismo jurídico tomou de assalto a sociedade jurídica. Diversas definições acerca do tema têm sido traçadas mundo afora, ainda que muitas vezes sem definições conclusivas. Portanto, ele não nasce como negação da modernidade, mas sim como necessária afirmação, conforme salienta Arruda Júnior (JUNIOR, 1997, p. 127). O cenário atual se delineou com as grandes codificações numa ideologia positivista de exclusão das considerações de natureza metafísico-

racionalista do Direito, o que converge em uma análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais vigentes.

Analisando o pluralismo jurídico por uma perspectiva sociológica, o conceito de Direito é bastante amplo, para além de uma identificação com o aparato legal-estatal. A visão que predomina é a do Direito enquanto um conjunto de regras com a presença de sanção, o que pode ser observado nas mais diversas esferas sociais (SABADELI, 2000, p. 119).

Já a compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade (WOLKMER, 2011, p. 172). Esta nova corrente do Direito implica uma miscigenação filosófica, cultural, sociológica e política no direito, que não se imagina sem a interação de todos esses campos sociais.

Por uma perspectiva sociológica, o pluralismo se dá na medida em que a sociedade exige a diversificação do papel de cada indivíduo social, devido ao surgimento da divisão de classes, e associações profissionais para defesa dos interesses dessas classes, principalmente após as duas revoluções industriais que se deram na Europa (WOLKMER, 2011, p. 174).

No campo político, o pluralismo tenta acabar com essa ligação pesada que se dá durante quase toda a existência humana entre o Estado nas suas diversas formas e o monopólio do poder. Admite a existência de um complexo corpo societário formado pela diversidade de partidos e movimentos políticos, organizações sociais e formações autônomas de poder, que, na maioria das vezes, defendem interesses e ideologias diferentes, que acabam gerando conflitos devido às divergências ideológicas, no intuito de defender seus princípios e interesses (ARRUDA, 2016).

Para Weber, dominação pelo poder de mando autoritário é “um estado de coisas pelo qual uma vontade manifesta (‘mandato’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ influi sobre os atos de outros (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), de tal forma que num grau socialmente relevante, estes atos têm lugar como se os dominados tivessem adotado por si mesmos e por vontade própria o conteúdo do mando ‘obediência’ (WEBER, 1996, p. 702).

As características do monismo jurídico se apresentam como uma forma de dominação no qual quem ordena é o senhor, os que obedecem são súditos. É o modelo da dominação tradicional – no qual prevalece a crença na santidade dos ordenamentos e dos poderes senhoriais existentes desde sempre – o domínio patriarcal.

Uma dominação, voltando ao tema, pode se dar de forma democrática – quando se supõe que todos estão aptos a exercer o comando e quando se pode reduzir ao mínimo o poder de mando –, é democrática porquanto o chefe se considera servidor dos “dominados”. Os critérios indicados por Weber para uma postura democrática são: limite de local; limite dos participantes; pouca diferenciação da posição social dos membros; tarefas relativamente simples e estáveis; uma não escassa instrução e prática na determinação objetiva dos meios e fins apropriados.

A teoria descritiva do pluralismo jurídico lida com o fato de que, dentro de qualquer campo, lei de várias origens podem ser operadas. É quando, em um campo social, mais de uma fonte do Direito, mais de uma ordem jurídica, pode ser tida como se tivesse exibindo o pluralismo jurídico. Portanto, o pluralismo se refere a uma heterogeneidade normativa, atendente ao fato de que a ação social sempre ocorre no contexto de campos sociais semiautônomos sobrepostos, que, pode ser acrescentado, é uma condição dinâmica (GRIFFITH, 2011. P. 38).

3 DECADÊNCIA DO POSITIVISMO FACE À CRISE DO CENTRALISMO JURÍDICO

Em uma sociedade democrática em que a política é descentralizada e participativa, os procedimentos de racionalidade objetivam reconhecer e efetivar a emergência de reagir contra um centralismo caracterizado pelo positivismo jurídico permitindo uma dinâmica interativa e flexível em um espaço público aberto.

A crise epistemológica engendrada pela Dogmática Jurídica enquanto paradigma científico hegemônico reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas, como ainda “não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear” a convivência social (WOLKMER, 2001, p.75)

Para afirmar a existência de um modelo de conduta social distinto do modelo do Estado, oriundo do fato de o ordenamento jurídico estatal não mostrar condições de exercer seu fim, a saber, solucionar com exclusividade os conflitos jurídico-sociais surgem modelos paralelos ao estatal. As pesquisas desenvolvidas pela antropologia e etnologia social “revelam a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas, ensejando mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais” (SANTOS, 1988, p. 39).

A aplicação na seara jurídica de normas informais aos casos concretos das mais diferentes matrizes vai irremediavelmente de encontro à lei crua aplicada pelo magistrado, a qual já não atende ao clamor do Povo. Encapsulada no dogmatismo e na repelência de práticas plurais de normatizações alternativas às simplesmente formais, a visão monista começa a ficar saturada dentro do Estado contemporâneo, posto que já não abarca novos conflitos sociais não previstos na rigidez da estabilidade, da unicidade, da positividade e da racionalidade (WOLKMER, 2001, p. 75).

O fenômeno do pluralismo jurídico encontra-se, assim, presente em diversas realidades, não há mais como admitir a ingerência totalitária do Estado, que acaba por desconsiderar o interesse das minorias, desrespeitando a diversidade fruto da evolução social.

Na análise de sociedades periféricas como a latino-americana, marcada por instituições frágeis, histórica exclusão de seu povo e secular intervencionismo estatal, toma-se imperiosa a opção por um pluralismo inovador, um pluralismo jurídico inserido nas contradições materiais e nos conflitos sociais e, ao mesmo tempo, determinante do processo de práticas cotidianas insurgentes e do avanço da "autoregulação" do próprio poder societário.

O novo pluralismo jurídico, de características participativas, é concebido a partir de uma redefinição da racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos - os coletivos; de novas necessidades desejadas - os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil - a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. E, portanto, a

dinâmica interativa e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático (WOLKMER, 2001, p. 170-171).

Enquanto fenômeno da sociedade massificada, pode ser apreendido como uma forma plúrima de normatividade e emerge justamente do desajuste institucional, da saturação de um modelo falido de representação política.

Ao se referir ao pluralismo jurídico é mister ser levado em conta sua análise sob uma perspectiva sociológica, pois é a partir desse enfoque que se verifica que este é um fato que se difunde em várias partes do mundo. O Direito Alternativo é um dos exemplos mais claros do pluralismo jurídico, sendo visto como uma nova forma de levar justiça social às pessoas, justiça essa que não fica presa à norma jurídica positiva vigente.

O direito é visto como um fenômeno ideológico, em que segundo Antônio Carlos Wolkmer, parece que criticamente a neutralidade normativa de uma Ciência pura não resiste mais a sua ideologização, e afirma que “a Ciência do Direito não consegue superar sua própria contradição, pois enquanto “Ciência” dogmática torna-se também ideologia da ocultação. Esse caráter ideológico da Ciência Jurídica se prende à asserção de que está comprometida com uma concepção ilusória de mundo que emerge das relações concretas e antagônicas do social” (WOLKMER, 2001, p. 151).

Como já dito, o Estado não é a única fonte do direito em vigor, o que faz reconhecer que o mesmo não tem mais o monopólio da criação das normas jurídicas que ditam a vida em sociedade. Sob este viés, o pluralismo jurídico é motivo de discussão, pois as profundas mudanças globais, com as respectivas implantações de novas tecnologias, desenvolvimento da economia de mercado em escala mundial, o ardente desejo de solução de problemas que afetam a humanidade – notadamente de caráter penal, não podem conduzir o homem a uma lei da selva. Verdadeiramente, a crise da lei como principal fonte do Direito salta aos olhos, bradando uma reformulação completa na própria estrutura jurídica.

Se é verdade a máxima “a cada época, seu Direito”, parece certo que a globalização impõe um repensar na própria concepção das fontes jurídicas, o que se faz também presente no universo penal. De fato, essas fontes já foram transmudadas, muito embora, nem sempre, se dê conta disso. A dúvida há de ser,

se efetuada tal transmutação, como e de que forma pode-se verificar por uma legitimidade da norma consequente.

Nesse sentido, a imperiosa tarefa do penalista no alvorecer dessa nova quadra temporal e social é saber lidar com as novas fontes do Direito, para, a partir delas, poder ajustar as novas formulações às exigências do presente e em sintonia com a própria superestrutura jurídica, estabelecendo relações em níveis variados.

Diante dessa nova realidade, não resta dúvida que o pluralismo jurídico sempre existiu nas sociedades. A dinâmica social e cultural sempre produziu normas ou procedimentos para a regulamentação social, independente da elaboração das leis ou normas estatais. Sendo assim, a ideia de justiça penal não mais se fundamenta por uma concepção monista de unidade e exclusividade de criação de Direito pelo Estado, mas sim, por uma ampliação e concretização de um espaço comunitário, no qual há um pleno desenvolvimento jurídico, com ampla participação da comunidade que goza de certa autonomia no que se refere à juridicidade.

Assim, em tempos de crise global e insegurança na modernidade, repensar novos parâmetros metodológicos é contribuir com a evolução da sociedade jurídica e legitimar práticas sociais preocupadas com a vida humana com dignidade.

O “novo pluralismo jurídico” com características participativas rompe com o modelo formal, sob a justificativa de atender os reais interesses e exigências sociais. Redefinindo a racionalidade dos novos sujeitos – os coletivos, e reordenando a sociedade civil a partir de uma descentralização normativa.

Diante do exposto, o paradigma atual falha em cumprir sua proposta pois ainda existe uma repulsa da sociedade jurídica em aceitar que a lei não é a única fonte produtora do Direito, não há uma aceitação que diante das transformações sociais, culturais e políticas é necessário abrir espaço para um novo paradigma.

A decadência do monismo jurídico é marcado pela crise de legitimidade, de produção e aplicação da justiça, o que tem feito produzir, ainda que de forma heterogênea e não sistemática, um amplo movimento de “teoria crítica do direito”.

O positivismo jurídico exacerbado nega a possibilidade de coexistência de outras formas paralelas de produção de direito. O Estado não se desvencilhou do seu monopólio.

Contudo, o pluralismo jurídico é uma realidade inegável, e mesmo sendo camuflado de todas as maneiras pelo Estado, desponta como um marco jurídico da

atualidade, que certamente trará melhorias a todos os integrantes da sociedade, principalmente pelo fato de importar maiores condições de dignidade humana e democracia social.

4 IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA- UMA QUESTÃO EMERGENCIAL

Nos últimos anos, um acelerado processo de transformações tem trazido uma insatisfação considerável de como os conflitos têm sido administrados pelo sistema de justiça criminal tradicional.

O desrespeito rotineiro e sistemático das formas legais e dos direitos e garantias individuais dos acusados, o hábito inquisitorial dos juízes, cujas atuações são legitimadas pela crença de que os problemas relativos à impunidade podem ser resolvidos com a imposição da sanção penal, são alguns, dos vários motivos que reforçam a urgência de práticas racionais solucionadoras de conflitos criminais.

A Justiça Restaurativa contempla esta necessidade, uma vez que lida com o conflito criminal de modo diferenciado, optando por tratá-lo e não por afastá-lo ou suplantá-lo. O novo cenário jurídico-penal brasileiro, principalmente face às mudanças constantes na mentalidade jurídica reconhece que o Poder Judiciário e a Justiça convencional não devem ser os únicos locais em que as pessoas possam obter a solução de conflitos. No âmbito restaurativo, o próprio ideal de justiça é redefinido em prol de um arquétipo reparador e integrador, afinando-se com o plano transmoderno de criação de um espaço de convergências, solidariedade e compaixão.

Os sintomas do paradigma punitivo estatal se manifestam não só no campo fático, mas também no político e no jurídico. Na sociedade em que vivemos, o uso de sanções penais de forma desmedida é comum. Portanto, o uso político e incoerente da sanção penal – que permanece, inclusive no projeto de reforma do Código Penal – também contribui para o questionamento da legitimidade do sistema.

A Justiça Restaurativa implica em uma redistribuição de Poder, pois os próprios protagonistas vão decidir, com o diálogo, a controvérsia e não o juiz. É uma

forma de democracia participativa no Judiciário. Ela baseia-se nas ideias de transformação, reparação e prevenção, não se concentrando na culpa do agente, mas em transformar os valores éticos do indivíduo. É um proceder que respeita as diferenças e garante oportunidades iguais, fundadas na dignidade da pessoa humana.

Atender à necessidade plurifocal de justiça é objetivo da Justiça Restaurativa, pois trata bem a cidadania (FERRAJOLI, 2010, p. 763), reconhece a vítima e o ofensor como atores decisórios, além de preocupar-se com a reintegração social do ofensor, a seletividade do sistema de justiça, a igualdade de direitos, de liberdade e de oportunidades. Esta plasticidade lhe possibilita aumentar o grau democrático nas decisões finais, à medida em que a Justiça Restaurativa congrega todos os afetados interagindo na construção de um desfecho para o crime em condições paritárias de expressão e comunicação (TIVERON, 2014, p. 143).

A inserção de novas fórmulas de negociação, mediação, arbitragem esbarra ainda em um modelo positivista de controle estatal, que traz um ‘ranço’ de resistências culturais, jurídicas e econômicas. Transpor tais barreiras é reconhecer que o Estado não é a única fonte de produção de direito, é considerar como verdadeira a urgência percebida por Antônio Carlos Wolkmer, quando afirmou que o pluralismo jurídico é “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 219).

Hassemer critica o fato de que hoje um grande número de tipos penais sejam redigidos para dar conta de demandas sociais ideologicamente influenciadas, disfarçadas pelo interesse na proteção penal de uma vida saudável ou mesmo o medo das drogas. O autor reconhece e afirma que uma política criminal racional não consiste em estigmatizar como tal a irracionalidade social e então ignorá-la, senão transformá-la em racionalidade (HASSEMER, 1989, p. 284). Portanto, o método para fazê-lo de forma consciente é permitir a introjeção de novos valores e princípios restauradores, embora se admita a necessidade de introduzi-los na legislação.

O sistema judicial foi inteiramente projetado para impressionar o ofensor com o poder do Estado. Uma concentração excessiva de poder leva a sociedade a uma “intoxicação”. A concentração de poder, em combinação com diferenças

educacionais e de status social, muitas vezes impede que pessoas em papéis chave tenham empatia com os desprovidos de poder, sejam vítimas ou ofensores. Muitas vezes não estão dispostos a ouvir perspectivas diferentes da sua. A centralização do poder no promotor de justiça e no juiz talvez agrave o problema.

O juiz Challeen observou em suas audiências que uma das características de muitos ofensores é que, segundo os padrões da sociedade, eles são fracassados ou perdedores. As pessoas que se vêem como fracassados têm maior probabilidade de afirmar sua identidade através do crime. Igualmente, têm menor probabilidade de serem coibidos pelo medo das consequências que podem advir. Clalleen conclui, portanto, que o temor da punição não intimida aqueles que mais precisariam ser coibidos: os fracassados, os que têm muito pouco a perder os que não se preocupam com os efeitos da prisão e da punição (ZEHR, 2018, p. 55).

Por ser um paradigma em construção e por não possuir uma teoria própria, a Justiça Restaurativa independentemente do sistema de direito adotado está integrando ousados projetos de modernização da justiça, legitimando a participação dos interessados para deliberarem acerca das decisões que lhes dizem respeito. A participação também fortalece o senso de pertencimento e de e responsabilidade coletiva, incentivando a compreensão e o cumprimento das decisões.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa permite uma gestão emancipatória e participativa do conflito por devolver aos protagonistas a administração, traduzindo a doutrina democrática clássica sintetizada na célebre expressão de Abraham Lincoln – “A democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo” – remonta o ideal rousseauiano de protagonismo de um povo soberano, capaz de produzir a vontade coletiva (PATEMAN, 1992, p. 78).

À medida em que o processo de democratização evoluiu, promovendo a emancipação da sociedade civil, aumentou a quantidade de demandas dirigidas ao Estado, o que gerou um descontentamento pelo não-atendimento ou pelo atendimento não-satisfatório. A democracia direta oferece, portanto, vantagens. Habermas, inclusive, defende que a participação cidadã tem valor em si mesma e não nos potenciais resultados que um processo participativo possa trazer (maior eficácia, maior igualdade etc.), como seria o caso da Justiça Restaurativa (HABERMAS, 2002, p. 36).

Habermas propõe um conceito de democracia apoiado na teoria do discurso o qual parte da imagem de uma sociedade descentralizada, que contém na esfera pública-política “uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de

problemas. Ele sustenta a importância do discurso para o reconhecimento do conteúdo democrático e da legitimidade do direito.

O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de violência”, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos (HABERMAS, 2002a, p. 191).

Considerando, que, num sistema democrático, a participação e a deliberação popular são fundamentais; e, ainda partindo do princípio de que quanto maior a sua capacidade deliberativa e decisória mais democrático será o procedimento, concluir-se-á que o modelo de Justiça Restaurativa é altamente democrático.

No Estado Democrático de Direito os seres humanos são seres racionais e autônomos, mais importante do que o rigor da lei penal, é perceber que a força e a tortura são símbolos claros de vergonha e ignomínia. Portanto, a atribuição deste novo paradigma criminal em construção cujos princípios devem orientar o trabalho de todos os órgãos da justiça criminal (policimento restaurador, sanções restauradoras, prisões restauradoras etc). Não se restringe ao desenvolvimento de programas restaurativos, a moldes já existentes que propõem medidas alternativas às sanções penais, tampouco se resume a uma política criminal, um programa de Estado em resposta para controle, combate ou prevenção ao crime.

Por óbvio, a Justiça Restaurativa pode auxiliar a política criminal, inspirando respostas ao crime que não se limitam ao direito penal, abarcando outros meios de controle (sociais, formais ou informais). Ela intenta propor programas de intervenção mais adequados às especificidades locais e das partes envolvidas, além de conjugar exigências de prevenção com as de responsabilização do ofensor, tudo com vistas a promover a reparação e a participação comunitária (TIVERON, 2014, p. 207).

Na Espanha, por exemplo, mecanismos de Justiça Restaurativa estão em andamento em mais de quarenta tribunais. No Canadá, o Código Penal e a lei menorista (“Youth Criminal Justice Act” – YCJA) foram alterados para incluírem princípios restaurativos. Na Nova Zelândia, há a previsão expressa no “Sentencing Act” de 2002 da obrigação de juízes de condenação considerarem os processos restaurativos como atenuantes da pena. Na Alemanha e em Portugal, por exemplo, a remessa de um processo para o acordo restaurativo fica a cargo do Ministério Público. Neste último país, é o Ministério Público quem designa o mediador para a causa. O mediador é escolhido dentre vários que constam de uma lista de profissionais cadastrados no Ministério da Justiça.

No México, em 2008, procedeu-se a uma reforma constitucional na qual se permitiu, entre outras medidas, a mediação penal no sistema de justiça criminal. Esta reforma representou uma mudança paradigmática muito significativa, porque estatuiu, em sede constitucional, que as leis devem prever meios alternativos de resolução de disputas inclusive em matéria penal, e que o Ministério Público pode considerar critérios de oportunidade para o exercício da ação penal.

Na Argentina, a mediação penal ocorre no âmbito do próprio Ministério Público (no Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios Departamentais” do Ministério Público). A ele é textualmente atribuída a responsabilidade de pacificar conflitos e buscar a reconciliação entre as partes, com respeito às garantias constitucionais e neutralizando os prejuízos derivados do processo penal.

No Brasil, por não haver uma legislação específica para regulamentá-la, a prática restaurativa vem encontrando o seu caminho em espaços em que há alguma margem legal para a justiça consensuada (como nos juizados especiais criminais nos quais é autorizada uma solução conciliatória para o crime) ou quando o fato não é tecnicamente considerado crime (para atos infracionais praticados por adolescentes, inimputáveis penalmente) e, por isso, não são passíveis tecnicamente de pena ou de persecução penal (TIVERON, 2014, p. 35).

O paradigma punitivo atual encontra-se esgotado não só na sua eficácia prática, mas também na sua legitimidade moral (quanto ao direito de punir) e política (no tocante à definição dos eventos classificados como delitos). Esse modelo lastreia-se em pressupostos tradicionais bastante contestáveis.

O discurso de poder se revela totalmente debilitado. Nos últimos anos, o discurso abolicionista tem se fortalecido, notadamente quando da afirmação do cumprimento daquelas finalidade penais não-formais, caracterizadas por interesses ilegítimos, mascarados pela ideia de segurança. Busca-se uma nova forma de pensar o direito penal, uma vez que se questiona o verdadeiro significado das punições e das instituições, com o objetivo de construir outras formas de liberdade e justiça.

Para Calmon de Passos, “o direito é sempre e necessariamente um discurso do poder. Tanto a solução macro como a solução micro para os conflitos revestem-se, necessariamente, do caráter de decisões de poder”. O que leva os homens ao conflito é essencial para a compreensão do jurídico, sendo razões para esse conflito os desejos humanos e a incapacidade individual e social de satisfazê-los plenamente, o que esbarra, certamente, em limitações econômicas (PASSOS, 2000, p. 4).

Neste diapasão, entre minimalismo ou abolicionismo do Direito penal, a Justiça Restaurativa, segundo a classificação de Luigi Ferrajoli pode ser tida como uma doutrina minimalista, reformadora do sistema penal, na medida em que preceitua a redução da esfera de intervenção penal, ou, na mais ousada das suas versões, a abolição específica da pena de reclusão em favor de sanções penais menos aflitivas (FERRAJOLI, 2010, p. 196).

De todo modo, a Justiça Restaurativa pode auxiliar numa resposta à crise de legitimidade do poder punitivo estatal. A sua apresentação como uma resposta jurídico-penal autônoma desponta como uma alternativa para uma legitimação desse Direito, tudo em razão da necessidade de trazer novos mecanismos participativos e descentralizado, ordenado pela sociedade democrática.

A implementação da Justiça Restaurativa em verdade facilitaria o controle e efetivação das decisões tomadas por meio de uma técnica ‘alternativa’ de resolução de conflito. De certo modo, a crise da legitimidade do sistema estatal, desencadeada, sobretudo, pelas acusações de ineficácia no combate à criminalidade e, pior do que isso, pelas acusações de que o sistema penal, seria, ele próprio, gerador da delinquência secundária- abriu espaço para uma busca de alternativas. Ocorreu esta busca através de um olhar para o passado, para

experiências anteriores ao advento do Estado punitivo tal como hoje o conhecemos (SANTOS, 2014, p. 95-96).

Ainda que se reconheça a urgência da implementação da Justiça Restaurativa é mister que esta seja disponibilizada como algo que as pessoas tenham liberdade de opção, voluntariamente, sem nenhuma coerção. Portanto, a justiça negociada faz apelo à participação e ao consenso, conferindo um papel ativo à vítima e ao autor do delito, contribuindo ao restabelecimento da paz com dignidade.

5 CONCLUSÃO

As práticas restaurativas pressupõem uma sensibilização e uma capacitação pontual em lidar com os conflitos, exige uma mudança de perspectiva revelando o início de uma ação legitimadora de tais práticas. Os operadores do Direito passam a conviver com um “pluralismo jurídico misto”, pois apesar do seu reconhecimento, o Estado não renunciou em verdade as bases monistas, as quais determinam um poder central, único e legitimado no interesse geral, os quais são incompatíveis com os fundamentos pluralistas.

Essa mudança exigirá uma nova roupagem inscrita e afixada com o senso jurídico comum e o compartilhamento de decisões com a vítima, no qual o infrator e as pessoas das famílias e da comunidade poderão se empoderar diante do fato.

A abordagem restaurativa reconhece, portanto, o lado humano do conflito, pressupondo que o dano é feito por humanos e contra estes, primando por potencializar a cura interior dos envolvidos e aptidão para o perdão. Corresponde no campo penal certo espaço para o consenso e, diante do explanado, questiona-se até que ponto não são o Estado e as instâncias de controle social aqueles que têm necessidade de pena, necessidades que se disfarçam, apelando-se para as exigências sociais, para fazer valer a estrutura do poder. As necessidades de pena por parte da vítima não são tão elevadas quanto se fazia supor- isso dependendo, do grau de gravidade do delito (SANTANA, 2010, p. 97).

Apesar das vantagens do fortalecimento do controle social informal em detrimento do formal, o pluralismo jurídico, sob a ótica da proposta restaurativa, preza por cautela, já que esta é uma inovação que permanece atrelada ao sistema

de justiça criminal. Tais sistemas coexistem neste momento de transição paradigmática, em que não há ruptura com o modelo anterior.

Neste período de transição jurídica, a existência das fontes múltiplas do Direito é uma realidade incontestável, uma vez que a pós-modernidade em construção ultrapassa as fronteiras formalistas que inibem a influência estatal. Os programas restaurativos são prova disso e não reconhecer essa realidade seria um retrocesso.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais – Na Constituição Portuguesa. Almedina, 1998.

AGUIAR, Mônica. O Arquétipo da alteridade como paradigma necessário ao afastamento da alienação parental.

ARRUDA, Ney Alves. Sociedade da informação e políticas regionalizadas: exemplares programas de um pluralismo jurídico europeu para a América Latina. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/sociedade.htm> . Acesso em: 01 de outubro de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2010.

GRIFFITH, John. What is legal pluralism? In.:<http://keur.eldoc.ub.rug.nl/FILES/wetenschappers/2/11886/11886.pdf>.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HASSEMER, Winfried, Teoria Personal del Bien Jurídico. Doutrina Penal. 1989.

KANT, Immanuel. A religião dentro dos limites da simples razão. Os Pensadores. vol. XXV. São Paulo: Abril, 1974.

NEVES, Marcelo Neves. Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil. São Paulo: Editora Wmf Fontes, 2016.

PASSOS, J.J. CALMON. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PATEMAN, C. Participação e Teoria Democrática. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Direito e Justiça: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1988.

TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito- A Construção de um Novo Paradigma de Justiça Criminal. Thesaurus Jurídica, 2014.

SANTANA, Selma de Pereira. Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa. Coimbra Editora, 2104.

WOLKMER, Antonio Carlos. PLURALISMO JURÍDICO. *Fundamentos de urna nova cultura no Direito*. 3ª edição. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WEBER, Max. Sociología de la dominación (trad. José Medina Echavarría e outros). Economía y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 1996a.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a justiça. JUSTIÇA RESTAURATIVA. Palas Athena. 2018.