

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A INVERSÃO IDEOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS¹

Larissa Rosa²
Renan Posella Mandarino³

Resumo

O presente trabalho teve como objetivo relacionar a inversão ideológica a que estão constantemente submetidos os direitos humanos com o potencial perigo a que estão expostos os princípios idealizadores da justiça restaurativa, na medida em que a comunicação entre os participantes pode estar dentro de uma escala hierarquizada que não permite um livre diálogo. Pretendeu-se utilizar os conceitos de pluralismo jurídico e inversão ideológica correlacionados aos direitos humanos para analisar, de forma paralela, se o modelo de justiça restaurativa representa um mecanismo viável para efetivar direitos no contexto criminal, ou se este modelo representa apenas mais um instrumento de dominação travestido de intenções participativas. Pode-se concluir que a mediação penal pode servir à manutenção de diferenças estruturais de uma sociedade hierarquizada, mas pode também representar uma alternativa interessante para o falido sistema penal vigente. Concluiu-se também que, se as propostas da justiça restaurativa, notadamente a mediação penal, forem analisadas e aplicadas a partir de uma perspectiva complexa, relacional e concretamente produzida, refletirão uma conquista, na medida em que inserem a vítima e o acusado no contexto de solução dos conflitos penais.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Pluralismo jurídico. Inversão ideológica. Direitos Humanos.

RESTORATIVE JUSTICE AND THE IDEOLOGICAL REVERSAL OF HUMAN RIGHTS

Abstract

¹ Artigo publicado na Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 17, n. 3, p. 115-137, set.-dez. 2015.

² Mestre e bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp). Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS-Paranaíba).

³ Mestre e bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp). Professor do Curso de Direito da Universidade Paulista (UNIP-Ribeirão Preto).

This work aimed to correlate the ideological inversion that the human rights are constantly subjected with the potential danger that the principles of restorative justice are exposed, since the communication between the participants can be within a hierarchical scale that does not allow a free dialogue. It was intended to use the concepts of legal pluralism and ideological reversal related to human rights to analyze if the restorative justice model is a viable mechanism to effect rights in the criminal context, or if this model is just another instrument of domination disguised of participative intentions. It can be concluded that the mediation can serve the maintenance of structural differences in a hierarchical society, but can also represent an interesting alternative to the current failed penal system. It was also concluded that, if the proposals of restorative justice, notably mediation, are analyzed and applied from a complex, relational and concretely produced perspective, will reflect an achievement, as insert the victim and the accused in the context of criminal conflicts resolution.

Keywords: Restorative justice. Legal pluralism. Ideological inversion. Human Rights.

Introdução

A justiça criminal se desenvolveu como uma tentativa de controle social, de forma que o Estado, representando os interesses dos cidadãos, estabeleceu através da legislação quais condutas são consideradas indesejadas e quais são as punições determinadas para quem as realizar. O processo penal é, portanto, o caminho apontado para se determinar a culpa e validação da sanção proposta legalmente.

Diante da falência deste sistema essencialmente punitivo, surge a ideologia da justiça restaurativa, que propõe que a solução dos conflitos penais seja pautada pela ampla participação dos envolvidos (vítima, acusado e comunidade) em um procedimento que pretende a solução global do conflito. Procura-se a responsabilização pelo evento criminoso e a reparação dos danos (materiais, psicológicos ou simbólicos) suportados pela vítima.

A mediação penal surge como a principal ferramenta de efetivação da justiça restaurativa. Esse instrumento pressupõe o encontro e a comunicação entre a vítima e o acusado, possibilitando que ambos expressem o contexto em que se encontravam quando o delito ocorreu, bem como possam definir conjuntamente qual seria a melhor forma de reparar o dano que foi causado. No entanto, a partir deste cenário, surge uma dúvida: no contexto brasileiro, marcado por desigualdades socioeconômicas e estruturais, é possível que este tipo de solução participativa do conflito penal obtenha sucesso?

Diante do que foi exposto, o objetivo principal deste trabalho é correlacionar a inversão ideológica a que estão constantemente submetidos os direitos humanos com o potencial perigo a que estão expostos os princípios idealizadores da justiça restaurativa, na

medida em que a comunicação entre os participantes pode estar dentro de uma escala hierarquizada que não permite um livre diálogo.

Para alcançar o objetivo proposto, o trabalho irá se desenvolver a partir da teoria crítica dos direitos humanos, notadamente para servir de referencial no que concerne às definições do que são os direitos humanos, ao que se pode entender por pluralismo jurídico e sobre os perigos da chamada inversão ideológica; pretende-se utilizar estes conceitos e reflexões para melhor analisar de forma paralela se o modelo de justiça restaurativa representa um mecanismo viável para efetivar direitos no contexto criminal, ou se este modelo representa apenas mais um instrumento de dominação travestido de intenções participativas.

A inversão ideológica dos direitos humanos e o paradigma da simplicidade

As formas das organizações políticas e econômicas do Brasil têm mantido as estruturas sociais e jurídicas como sempre foram. A falta de discussão sobre essas estruturas contribui para que nada se altere (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 134). Os direitos humanos, como fruto da produção humana, têm contribuído para legitimar desigualdades e opressões, sufocando, em nome de certos direitos consagrados, a luta por outros direitos (também humanos).

A preocupação com a efetivação dos direitos humanos se restringe àquilo que está definido normativamente pelo Estado, o que demonstra um constante apego às dimensões normativas desses direitos. Consequentemente, as práticas comunitárias e lutas populares têm sido ignoradas e, muitas vezes, até mesmo tachadas de desrespeitosas aos direitos humanos. Daí que se inicia o problema da conceituação daquilo que se entende por direitos humanos.

Para Joaquín Herrera Flores (2004, p. 382):

Os direitos humanos não são, unicamente, declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-lhes abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela particular manifestação da dignidade humana.

Os direitos humanos em sua forma abstrata e descontextualizada pouco significam. O que importa é como essa noção é adotada na prática, dependendo das relações de poder construídas em contextos históricos precisos (RIBEIRO, 2003, p. 12).

David Sánchez Rubio (2014, p. 87 e ss) procura analisar criticamente aquilo que se concebe como sendo os direitos humanos. Utiliza de uma interessante metáfora: compara os direitos humanos a um “traje” que todos devem colocar, inclusive quem não necessita dele. A crítica que se propõe é principalmente com relação à impossibilidade de se fazer caber todas as necessidades e interesses dentro deste “traje” denominado direitos humanos, bem como traz a reflexão sobre o fato de que se enxerga os direitos humanos como algo extremamente simplista e reduzido.

Nesta criticada visão extremamente simplista, os fundamentos gerais dos direitos humanos delimitam interpretações do direito penal, o que inviabiliza a observância de peculiaridades de determinadas situações. Essa estagnação teórica gera um aprisionamento dos referenciais teóricos e um bloqueio nas atividades práticas, o que compromete a formulação de propostas de mudança (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 22). As reivindicações e demandas partem de diversos grupos e movimentos sociais que se modificam incessantemente. Portanto, os direitos humanos deveriam ter a flexibilidade necessária para se adaptar a este universo em constante modificação.

Outra crítica levantada sobre as definições dos direitos humanos é que, usualmente, se considera como todo somente a parte que cabe dentro da “vestimenta” prevista como direitos humanos. Assim, o modelo ou padrão imposto ignora manifestações sociais, econômicas e culturais que se afastam da prévia delimitação. Conforme Joaquín Herrera Flores (2007, p. 30), essa crítica desagua em cinco problemas inerentes aos direitos humanos. Primeiro, a afirmação da ausência de integração entre a vida humana real e o humano, com a abstração teórica predominando sobre a realidade. Segundo, a necessidade de se conferir um ponto de vista sociológico e valorativo a respeito dos direitos humanos. Terceiro, o despedaçamento dos direitos humanos e a falsa contraposição entre as dimensões dos direitos. Quarto, a falta de efetivação dos direitos humanos com a necessidade de se criar uma ideia de resistência às agressões aos direitos humanos. Por derradeiro, a excessiva confiança no nível normativo-positivo dos ordenamentos jurídicos.

A abstração dos direitos humanos debilita a concretude social. É muito comum, ao se enfrentar as teorias de direitos humanos, a categorização das pessoas em modelos abstratos.

Aquelas que não se encaixam na classificação são subliminarmente rebaixadas da categoria humana. A perspectiva abstrata sobre as pessoas permite a abertura para o florescimento de entendimentos que defendem a hegemonia de grupos sobre outros grupos, numa estreita relação de dominação (sujeito-objeto). O sujeito concreto torna-se um pária humano caso não atenda aos padrões de direitos humanos impostos por aqueles que prestam bons serviços ao mercado global (BIZZOTTO, 2009, p. 121).

David Sánchez Rúbio (2014, p. 92 e ss) enumera as etapas para o surgimento e formação dos direitos humanos, conforme aquilo que ensina Ignacio Ellacuría. A primeira etapa é aquela em que um grupo oprimido ou explorado elabora uma queixa. A segunda etapa refere-se ao desenvolvimento de uma consciência desta queixa, o que possibilita a percepção da situação de injustiça (em um nível teórico e de prática social) por um grupo de pessoas. A terceira etapa é uma atitude de resistência perante aquilo que produz a afetação ao direito. A quarta etapa é aquela em que, a partir de reivindicações e conflitos, há a institucionalização através de normas e leis que aparentemente oferecem uma orientação de reconhecimento e de inclusão. Por fim, a quinta etapa é aquela representada por um reconhecimento do direito pleiteado, a partir de uma noção mais complexa que legitima (com respaldo filosófico, ideológico, cultural e doutrinário) o direito alcançado a partir da queixa inicial.

Esse reconhecimento final é aquele que possibilita uma garantia maior de efetividade para o direito alcançado. No entanto, seria importante "transferir poder, 'empoderar' aos excluídos dos processos de construção de hegemonia. E, assim, trabalhar para a criação de mediações políticas institucionais e jurídicas que garantam dito reconhecimento e dita transferência de poder" (HERRERA FLORES, 2004, p. 383).

O problema apontado por David Sánchez Rubio (2014, p. 98 e ss) é que as lutas por direitos invariavelmente têm representado um caminho para preservar direitos de poucos e não para conquista de todos. Não se tem permitido o amplo acesso às condições reais para seu exercício e também se tem sufocado a possibilidade de desenvolvimento de novos focos de resistência. Nesta linha de raciocínio, Roberto Faleiros Júnior (2012, p. 140): "discutem e criam infundáveis teorias, discursos e impedimentos para justificar, dando legitimidade e fundamento, a não efetividade de direitos em setores específicos, porém, extremamente táticos para a ordem vigente".

Os direitos humanos, não obstante sejam resultado de recorrentes lutas dos movimentos sociais com o objetivo de combater os mecanismos de dominação, têm a

potencialidade de se tornar instrumento de manutenção de situações de exclusão e inferiorização, diante da subjetividade e abstração que podem acompanhar o desenvolvimento da teoria humanista. Neste sentido, Antônio Alberto Machado (2009, p. 17):

Não obstante o fato de que o direito não deve ser tomado como instrumento mecânico da opressão de uma classe pela outra, o reconhecimento dele como instância ideológica que pode, predominantemente, projetar os interesses de uma classe superior em detrimento das inferiores, numa sociedade em que predomina o modo de produção capitalista, é constatação corriqueira tanto no âmbito da sociologia quanto no da ciência política.

Assim, os direitos humanos podem representar um mecanismo de libertação, mas, ao mesmo tempo, podem ser uma forma extremamente eficaz de exclusão e inferiorização humana.

Concorda-se com afirmação de Roberto Faleiros Júnior (2012, p. 138), quando ele diz que há uma “reversibilidade” do direito, já que ele pode ser instrumentalizado em um sentido libertário ou opressor, na medida em que os direitos são produções humanas e, por isso, são também políticos e ideológicos, o que permite que as práticas, os discursos e teorias sobre direitos humanos sejam utilizadas, também, para a manutenção das estruturas políticas e, até mesmo, para oprimir e violentar.

Historicamente, as políticas de direitos humanos estiveram a serviço dos interesses econômicos e políticos dos Estados capitalistas hegemônicos, permitindo atrocidades a partir de uma revoltante manipulação de critérios (SANTOS, 1997, p. 112-113). É preciso refletir sobre os diversos mecanismos de ocultação que forjam uma situação aparente de libertação e emancipação, mas que, em verdade, se apoiam sobre o paradigma simplificador, redutor e abstrato dos direitos humanos.

David Sánchez Rubio (2014, p. 76 e 111 e ss) aponta três princípios que, de forma correlacionada, formam o paradigma da simplicidade: o princípio da disjunção ou separação, o princípio da redução e o princípio da abstração/idealização.

O princípio da ruptura ou separação representa uma técnica fragmentadora e polarizada. Os elementos da realidade são observados de forma individualizada, sem vínculos. Além disso, a análise da realidade se dá através de pares dicotômicos (como, por exemplo, verdadeiro/falso, masculino/feminino, vítima/acusado) e, quase sempre, um dos elementos desse par é considerado superior em detrimento do outro. Diante disso, deve-se escolher entre um elemento e outro de cada par de opostos. Os direitos reconhecidos pelas instâncias

formais, através de legislações formalmente produzidas são considerados “positivos”, enquanto que as produções sociais, que também reconhecem direitos, mas são independentes da atuação do Estado, são consideradas “negativas”.

O princípio da redução, por sua vez, indica uma percepção que confunde a parte com o todo, ou seja, privilegia-se um elemento existente na realidade, excluindo-se todos os outros existentes. A principal consequência é a fixação de estereótipos. Somente aquilo que é definido como direito pelas legislações formais produzidas pelo poder público é que representa direitos humanos; o restante deve estar contido/representado por esta normatização, sob pena de não ser protegido, ou até mesmo de ser considerado violação ao que é definido formalmente como direito.

Por fim, o princípio da abstração reflete uma postura de omissão seletiva que ignora fatos importantes em um contexto. Essa omissão intencional é um verdadeiro mecanismo elaborado a partir do princípio da redução. A realidade (contextos, peculiaridades das relações humanas, temporalidade dos problemas) é sacrificada para beneficiar uma teoria ou instituição. Junto com a abstração há uma noção de idealização, que exige um nível de perfeição tão apurado que torna impossível o seu alcance na realidade. O problema é que usualmente não há consciência desta impossibilidade, o que gera uma perseguição irracional por um ideal irrealizável, sendo que, invariavelmente, ocorre o sacrifício da própria condição humana e suas ações de resistência em nome deste fim.

Ao aprofundar a problemática da abstração normativa, Gallardo Martínez (2008, p. 180) aponta para o caráter metafísico da noção de humanidade. Pondera que há um imaginário ideológico, no qual os conceitos e valores de justiça ao mesmo tempo em que flutuam por sobre as tramas sociais e as “deshistoricizam” como função da reprodução das dominações vigentes, também incidem normativamente. Para o cidadão comum e setores sociais populares, a “justiça” pode representar algo de que carecem, mas que algum dia chegará (em outra vida ou através de uma decisão do poder judiciário). Tal argumento metafísico tanto pode causar a inclusão como a exclusão social, o que foge aos preceitos essenciais da dignidade humana.

Neste sentido, com a intenção de combater as abstrações que tornam as propostas de efetivação dos direitos humanos puramente ideológicas, David Sánchez Rubio propõe uma construção diária dos direitos humanos, através de perspectiva de atuação concreta, em todos os momentos da convivência humana, para a efetivação desses direitos. Indica o pluralismo

jurídico emancipador e policêntrico como alternativa capaz de superar a insuficiência demonstrada pela normatividade estatal.

Essa ideia de necessidade de construção diária dos Direitos é compartilhada por Antônio Alberto Machado (2012):

[...] o direito que dorme nos Códigos e na letra fria da lei não é nada sem a luta, de modo que o direito será exatamente aquilo que fizermos com que ele seja: justo ou injusto, bom ou mau, certo ou errado, instrumento de liberdade ou de opressão, instrumento de repressão ou de libertação humana.

No contexto das relações humanas, David Sánchez Rubio (2014, p. 17) ensina que existem duas lógicas de comportamento: uma que traz a finalidade de dominação ou império e outra que propõe a emancipação e a libertação. A primeira presume relações de hierarquia consubstanciadas em significados de discriminação, marginalização, exploração, desprezo e rechaço. A segunda, por sua vez, pressupõe relações horizontais e solidárias que permitem articulações de reconhecimento e acompanhamento entre os sujeitos. No entanto, não se pode esquecer que os direitos (em sentido amplo) são criados, modificados, extintos e manipulados por seres humanos, que possuem diversos anseios e motivações. Assim, na realidade humana, as (des)construções são “complexas, contraditórias, compostas de retrocessos e avanços” (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 86).

Para David Sánchez Rúbio (2014, p. 17) a libertação e a emancipação são alcançadas quando grupos afetados por exclusões, discriminações ou injustiças (de ordem social, econômica, cultural, política, ideológica, étnica, racial ou sexual) conquistam espaços de reconhecimento, autoestima, autonomia e responsabilidade.

A positivação dos Direitos, seu reconhecimento e sua proteção por parte do Estado é, sem dúvida uma conquista social. Todavia, o problema está na redução do que se designa como direito, no contexto jurídico, como unicamente aquelas normas e instituições oriundas do Estado. Excluindo da equação outras formas de expressões jurídicas que compõem o chamado pluralismo jurídico. Por exemplo, quando se ignora a influência da esfera política e sociocultural no contexto jurídico, não se observa como as relações de poder interferem na dinâmica da aplicação e da formação daquilo que se proclama como direito. A separação entre a prática e a teoria também é prejudicial, na medida em que se idealiza as propostas teóricas, afastando-as da realidade.

Sobre essa forma um tanto duvidosa de operacionalizar direitos, Roberto Faleiros Júnior (2012, p. 141):

Os mecanismos jurídicos, econômicos, sociais e culturais das sociedades contemporâneas criam dificuldades para que sujeitos expressem, autonomamente, suas potencialidades. Proclama-se exaustivamente que todos têm direitos, são iguais, podem exercer suas vontades livremente, pois estão em um Estado Democrático de Direito sob o império da lei e da Constituição, contudo, materialmente, são sonogados os direitos mais básicos para uma concreta vida digna.

Neste mesmo sentido, David Sánchez Rubio (2014, p. 27) sustenta que o Estado centraliza a capacidade de produção do direito, tornando o Poder Judiciário seu principal órgão interpretativo. Assim sendo, os conceitos, os valores e os princípios éticos apenas serão reconhecidos como verdadeiros através dos instrumentos estatais e/ou judiciais.

Ainda sobre esse assunto, Roberto Faleiros Júnior (2012, p. 139) entende que, para os grupos detentores dos poderes políticos e econômicos não interessa que os direitos humanos reconheçam, promovam e expandam as vivências e aspirações sociais e populares, promovendo alterações significativas no modo de vida vigente. Ele acredita que isso não seria nem mesmo coerente, já que para este grupo dominante é importante que os direitos humanos permaneçam restritos ao que estabelecem tratados, convenções e códigos. Para fazer isso valer, todos os campos de difusão ideológica são utilizados, como: meios de comunicação de massa, escolas e faculdades, espaços sociais etc.

Da mesma forma, Antônio Alberto Machado (2011, p. 29) aponta um efeito apenas ilusionista, retórico e vazio dos direitos humanos, pois eles representam um “aprisionamento” que impede o desenvolvimento de novos paradigmas teóricos que possam assegurar a efetividade de direitos básicos do homem.

Nesta linha de raciocínio, Boaventura de Souza Santos (1997, p. 122) ressalta que é importante "não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto ou opressivo que seja".

O fato de os direitos humanos serem reduzidos a normas, instituições e teorias faz com que os indivíduos comuns, ou seja, aqueles que não sejam funcionários da administração ou especialistas no assunto, não tenham a sua importância reconhecida no processo de (re)construção dos direitos humanos. Espera-se uma grande atuação de uma instituição oficial, para que os direitos sejam garantidos. Isso parece ser um equívoco, pois os direitos humanos são construídos diariamente em pequenos acontecimentos vivenciados pelos cidadãos comuns

e deveriam permitir a satisfação dos direitos de todos e não só de parcela dos cidadãos. Nesta medida, a solução parece estar no olhar que se desvia do caminho trilhado, na busca por conceitos novos, ainda não incorporados ao esquema estatal, possibilitando uma racionalidade sem lar, descentrada e exilada do convencional e do dominante, que não busque "pontos finais" ao acúmulo extenso e plural de interpretações e narrações, mas que encoraje atitudes de mobilidade intelectual (HERRERA FLORES, 2004, p. 377-378).

A situação de simplicidade reduz a atuação dos direitos humanos, distanciando a prática da teoria. Em nome de um ideal de perfeição, que pretende um sistema completo e absoluto (que nunca será real), se afasta as oportunidades de aplicação concreta e quase perfeita dos direitos das pessoas. É preciso considerar, ainda, as diferentes necessidades dos indivíduos, que muitas vezes são silenciadas, reprimidas ou ocultadas. O multiculturalismo deve ser analisado no momento de elaboração de estratégias para a solução dos conflitos penais, pois "respeita as diferenças, absolutizando as identidades e esfacelando as relações hierárquicas – dominados/dominantes – que entre elas ocorrem" (HERRERA FLORES, 2004, p. 373).

Neste mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos (1997, p. 112) indica que o multiculturalismo é uma condição para "uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local" dos direitos humanos. Assim sendo, a construção do direito deve ser realizada através de um "pluralismo de confluência" (RUBIO, 2014, p. 55), que considere as distintas origens das particularidades de cada caso, mas de forma a convergir para uma proposta que se adeque a um contexto universal. Ressalte-se que sempre haverá uma tensão entre o universal e o particular, o que assegura a continuidade de ambos, mas evitando o particularismo e o universalismo – dando origem ao denominado "multiculturalismo crítico ou de resistência" (HERRERA FLORES, 2004, p. 375).

O paradigma da simplicidade e essencialmente estatal se mostra insuficiente e incompleto no contexto atual. A partir desta conclusão, David Sánchez Rubio (2014, p. 33 e 126) propõe a adoção do paradigma da complexidade para enfrentar o desenvolvimento do direito como uma ciência, como um processo de constante desenvolvimento e mutação. É uma construção processual, relacional e dinâmica, que se dá a partir de práticas sociais e ações humanas que empoderam os sujeitos.

As visões abstratas de direitos humanos indicam que existe um centro do qual partem as interpretações para todo o restante, sendo que o que não coincidir com a

interpretação central deve ser abandonado à marginalidade, o que gera situações de dominação e violência. A visão complexa, de outro lado, pressupõe que se deve partir das periferias, aceitando que as pluralidades se relacionam através do diálogo e da convivência (HERRERA FLORES, 2004, p. 366-367).

Como bem sintetiza David Sánchez Rubio (2014, p. 40):

Neste sentido, as normas tradicionais assentadas em pretensões de homogeneidade, promulgadas com base nos princípios da impessoalidade, generalidade e abstração e de rigor semântico, organizadas a partir de um sistema unitário, lógico, fechado e hierarquizado, coerente, sem lacunas e antinomias, são excessivamente simples para dar conta da pluralidade das situações sociais, econômicas e culturais cada vez mais diferenciadas. A complexidade socioeconômica e a crescente desigualdade dos conflitos, tanto a nível supranacional como infraestatal, mostram a perda capacidade de regular e disciplinar nossas sociedades e o surgimento de outras expressões de pluralidade jurídica rompem o monopólio estatal.

Nesta mesma linha de raciocínio, Herrera Flores (2004, p. 368) defende que a visão complexa representa a adoção de uma concepção democrática de participação e de decisões coletivas, renegando a concepção representativa do mundo, na medida em que "assume a realidade e a presença de múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a expressar-se, a denunciar, a exigir e a lutar".

A complexidade do mundo contemporâneo ameaça o direito estatal, principal instrumento de controle do Estado. Este cenário é propício para o desenvolvimento de novas ferramentas que estejam dissociadas daquilo que se produz unicamente a partir da vontade estatal. É neste contexto que surgem as ferramentas da justiça restaurativa, que pretendem romper com o monopólio estatal no âmbito da solução dos conflitos penais.

Justiça restaurativa: nova forma de emancipação ou de dominação?

Conforme já observado anteriormente, a realidade jurídico-penal brasileira é marcada por um modelo punitivista, que propõe que a pena aplicada pelo Estado assume a função retributiva tanto com relação à repressão do delito perpetrado quanto à prevenção de outros delitos, não se admitindo, em regra, a flexibilização da punição (MOLINA; GOMES, 2012, p. 408 e ss). Neste modelo em que se prima pela aplicação da pena, a análise do ato delituoso irá se basear pela abstração, ou seja, observa-se que houve uma transgressão das leis

impostas pela legislação vigente, o que demanda uma punição. Não há uma ponderação com relação ao contexto e à complexidade de fenômenos que envolvem a situação do delito.

Howard Zehr (2008, p. 76) traz uma crítica importante a respeito:

A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.

Nesta forma de solução dos conflitos, há um comportamento excessivamente instrumentalista, em que se busca é retribuir o mal causado, distribuindo-se objetivamente a culpa pelo delito e punindo-se o infrator. Neste contexto, há pouco espaço para o diálogo entre as partes envolvidas; é bem verdade que se estimula uma postura adversarial e alienada, pois se pressupõe que os interesses discutidos sejam irreconciliáveis.

Com a finalidade de combater este modelo simplista e que tem se mostrado tão ineficaz quanto às finalidades que ele mesmo se propõe a cumprir (principalmente quanto à prevenção), desenvolve-se o modelo consensual de resolução dos conflitos. Este modelo, de forma diametralmente oposta ao modelo punitivo, propõe a flexibilização da resposta para o delito. O consenso, alcançado através do diálogo, é a forma almejada para a solução do conflito penal.

O modelo da justiça restaurativa surge como uma proposta diferente do modelo punitivista tradicional. O foco da justiça restaurativa está nas necessidades de todos envolvidos no conflito (vítima, acusado e comunidade). Esse empoderamento das partes é visto como um dos maiores avanços para o processo penal, pois permite que se tenha atenção com as peculiaridades de cada caso concreto e, conseqüentemente, aumentam-se as chances de resolver de forma completa do conflito.

O delito não é analisado de forma isolada, busca-se a ponderação de todo contexto social, econômico e político que deu origem a situação do crime. São vários os instrumentos que podem ser adotados para se alcançar a resolução consensual; diante do tema proposto neste trabalho, entende-se ser necessário o recorte para abordar apenas a principal ferramenta utilizada para concretizar os ideais do modelo da justiça restaurativa. Assim sendo, serão abordados os principais aspectos da mediação penal.

Na mediação entre vítima e ofensor (VOM – *Victim-Offender Mediation*), a vítima e o ofensor se encontram em um ambiente seguro e estruturado e tentam, através do diálogo e com a ajuda de um mediador, elaborar um acordo reparador. Neste encontro, a vítima terá a oportunidade de expressar as consequências e estigmas que teve de suportar em razão do delito, bem como o acusado poderá revelar quais fatores ou motivos o levaram a delinquir. A gravidade do delito e as condições em que ele ocorreu também serão analisadas.

Como se busca um procedimento individualizado de acordo com a necessidade de cada caso concreto, a flexibilidade é ponto importante na mediação penal, sendo encorajadas diversas variações, como por exemplo: podem participar do encontro a família e os amigos da vítima e do acusado; grupos de vítimas e de ofensores podem ser formados; na mediação indireta, o mediador pode atuar separadamente com a vítima e com o ofensor, antes de proporcionar o encontro entre eles (PALLAMOLLA, 2009, 108-109). Apesar de não existir uma fórmula fixa a ser seguida, o procedimento da mediação normalmente ocorre da seguinte forma: o mediador se encontra com a vítima e com o ofensor em separado, a fim de avaliar se as partes estão preparadas para tal processo e, somente depois de fazer esta avaliação da situação que se apresenta no caso concreto, ocorre o encontro entre a vítima e o ofensor.

Leonardo Sica (2014, p. 98) ensina que a mediação penal é:

Uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa autônoma à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou o que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e na restauração da paz jurídica.

Outro fator importante que sustenta a legitimação da mediação penal é o respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, as prestações assumidas pelo ofensor não podem exceder a punição que seria imposta ao delito a partir do processo tradicional (SICA, 2014, p. 102; PALLAMOLLA, 2009, p. 80 e 81; ZEHR, 2008, p. 190).

Algumas pesquisas realizadas (PALLAMOLLA, 2009, p. 111-112) têm concluído pelo total sucesso da ferramenta, pois as vítimas e os ofensores que passaram por processos de mediação penal mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que os outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal. As vítimas relataram que o contato com o ofensor trouxe um menor temor de revitimização e a reparação obtida foi satisfatória. Os ofensores, por sua vez, demonstraram um maior comprometimento com o

cumprimento das obrigações de restituição e reparação; além de terem sido detectados menores índices de reincidência.

Expostas as principais características do modelo restaurativo, chega o momento de analisar criticamente a sua aplicabilidade.

O diálogo, ponto essencial para as práticas restaurativas, pressupõe que exista uma estrutura física e de pessoal que inspire um ambiente seguro para que as partes sintam-se à vontade para se expressar. As partes devem ser ouvidas com respeito, para contar a sua versão do ocorrido e também para ouvir o que o outro tem a dizer. Desta forma, não basta inserir na legislação um momento processual para as práticas restaurativas, é necessário um comprometimento dos envolvidos para possibilitar o sucesso da ferramenta.

Neste sentido, é interessante a reflexão de Paulo da Silva (2014, p. 45):

Em geral, os métodos de resolução dos conflitos buscam uma ou mais das seguintes opções: a) atuar a lei no caso concreto, b) resolver o conflito com paz social, c) eliminar o processo e a lide ou d) satisfazer as partes. Mecanismos tradicionais como a jurisdição e o processo judicial geralmente se preocupam em primeira linha com o escopo 'a', sob a premissa de que a lei contém a justiça e o papel do julgador é atuar a vontade concreta da lei. Secundariamente, também atingem outros escopos, como o 'c' e o 'b', eliminar o processo e produzir a paz social. Métodos menos formais como a mediação [...] buscam principalmente atender ao escopo 'd' (satisfação das partes) e o 'b' (resolver o conflito com paz social) e, apenas indiretamente, eliminar o processo e atuar a lei.

Assim sendo, para a efetivação da mediação penal no contexto de um judiciário atravancado pelo número de processos como o brasileiro, é preciso redobrar o cuidado; afinal, o processo de mediação não deve ser visto como uma etapa para encerrar o processo, mas como uma ferramenta eficaz para resolver o conflito penal, sem que haja necessariamente a aplicação de uma sanção penal.

O que ocorre com alguns instrumentos de resolução consensual dos conflitos penais adotados pelo sistema brasileiro (notadamente a partir da Lei n. 9.099/95) é a apressada aplicação deles. Vislumbra-se nesses instrumentos a oportunidade de abreviar o trabalho, o que, é bem verdade, pode ser eventualmente uma consequência, mas nunca deveria ser o objetivo.

É importante que se diga que a mediação penal pode demandar tempo, pois se a intenção é que as partes tenham possibilidade de se expressar e de participar da resolução do conflito, não se pode esperar que essa solução, através do acordo reparador, surja no primeiro encontro. Cada delito irá impactar de forma diferente em cada vítima. É preciso ter paciência

e disposição para possibilitar a aplicação correta do método. O papel do mediador também é essencial para o sucesso da técnica. Ele terá a difícil função de auxiliar no “desarme” das partes. Acostumadas com o sistema punitivo, a vítima e o acusado normalmente se visualizam como inimigos e desejam ver apenas o seu lado da história, sem considerar aquilo que é importante para o outro. Essa cultura de conflito e individualista está impregnada em nossa sociedade, o que demanda uma atuação intensa do mediador.

Nesta mesma linha de raciocínio, David Sánchez Rubio (2014, p. 28) traz uma reflexão interessante ao analisar que a cultura atual está impregnada de ideais consumistas e de obtenção do máximo benefício, o que acaba por fomentar o egoísmo e a visão de que não há espaço para a solidariedade entre os sujeitos. Partindo desta visão, incrementam-se as dimensões punitivas e sancionadoras.

As dinâmicas de emancipação (seres humanos se tratam entre si como sujeitos, de forma recíproca e horizontal) e de dominação/império (seres humanos são tratados como objetos, sendo discriminados, interiorizados, marginalizados, num contexto hierarquizado) propostas por David Sánchez Rubio (2014, p. 36) parecem se encaixar nesta reflexão sobre as posturas que podem ser adotadas a partir do fenômeno criminoso. O cuidado que se precisa ter é com relação ao desenvolvimento da mediação penal em contextos que historicamente não possuem relações de simetria entre os sujeitos, ou seja, em um sistema em que predomina a visão de dominação e império, em que as instituições se encarregam de regular o processo de resolução dos conflitos. Nestes contextos, parece palpável o perigo de que a mediação penal (instrumento que idealiza uma atitude cooperativa e horizontal entre os sujeitos) seja estruturada de forma a manter a lógica de dominação e imperialista já existente.

Para garantir que a mediação penal não se reduza à adoção de momentos processuais isolados, que funcionem como mera formalidade ou etapa de um processo que, em verdade, pretende somente a punição do acusado, deve-se atentar para que esta ferramenta esteja apta a enfrentar as desigualdades, garantindo a observância das particularidades, sem ignorar as relações de poder que naturalmente buscam a hegemonia de uns sobre os outros. Assim sendo, a aplicabilidade da mediação penal dependerá de uma adaptação coerente com a realidade brasileira, mas também é inevitável pensar que, para o sucesso desta forma de resolução do conflito, deve ocorrer uma evolução cultural e educacional dos cidadãos, o que parece ser pressuposto para a efetivação de qualquer política.

Fernando Fernandes (2001, p. 141) adverte que a construção de uma nova política não é uma simples modificação técnica, facilmente compreendida e alcançada, mas pressupõe uma alteração filosófica na forma como entendemos o processo. Ora, não se pode também cair na armadilha de idealizar demais as propostas teóricas da justiça restaurativa, pois a separação extrema entre a prática e a teoria, conforme já foi exposto no item dos direitos humanos, também é prejudicial, na medida em que dificulta a aplicabilidade de uma proposta por considerá-la muito distante da realidade.

É importante que se ressalte que não existem instrumentos salvadores, que estejam isentos das influências das relações de poder. O que se precisa garantir é que a criação e a aplicação destas novas medidas constituam formas de emancipação e não de dominação, o que representa um processo contínuo que jamais desaparecerá. Um fator importante é tentar aproximar as técnicas da realidade brasileira. Parece ser um exagero, mas o que invariavelmente se observa é uma importação de conceitos e instrumentos que são idealizados para uma realidade bem distinta, o que certamente prejudicará o sucesso da técnica.

Roberto Galvão Faleiros Júnior (2012, p. 91) expõe esta mesma preocupação em seu trabalho ao discorrer sobre como, a todo momento, se corre o risco, ou de uma absorção silenciosa de aportes teóricos importados e, portanto, desconectados com a realidade da sociedade brasileira, ou de fornecer substratos para discursos e práticas autoritárias e criminalizantes, mesmo que com conteúdo crítico e progressista. Neste sentido, destaca-se mais uma vez o papel do mediador, que deverá ser muito bem treinado para identificar esses contextos em que a diferença social, econômica e cultural entre os participantes do processo de mediação é tão marcante que deverá instigar uma supervisão mais firme dos profissionais envolvidos.

Neste mesmo sentido, David Sánchez Rubio (2014, p. 58):

[...] não se trata somente de construir pontes e lugares de encontro para dialogar e reconhecer o pluricultural, mas também, há que possibilitar e potencializar para que as pessoas modifiquem umas as outras. Tanto elas como seus produtores culturais devem cruzar as pontes até o outro lado, e desta forma, incorporar elementos de identidade, simbólicos e horizontes de sentido de outras culturas no interior da própria cultura a que pertence, crescendo em humanidade e sem lógicas canibais ou assimilacionistas. [...] Há que se buscar espaços de intersubjetividade, de autênticas mudanças equitativas de enriquecimentos recíprocos.

As dificuldades são muitas, mas defende-se neste trabalho que a mediação penal parte de uma nova forma de encarar o fenômeno criminal e é uma fonte de empoderamento

das partes que pode ter sucesso se bem aplicada. A luta contra a utilização deste instrumento para a manutenção de situações de dominação será diária, mas nisso concorda-se com David Sánchez Rubio (2014, p. 102) quando ele diz que: “Qualquer grupo humano que luta a partir de suas particularidades e reivindica direitos surgidos de suas racionalidades e necessidades, é debilitado, ridicularizado, inferiorizado, atenuado, eliminado ou ignorado”. Assim, não se pode desistir de uma proposta que tem a intenção de dar mais poder às partes somente porque, aos olhos de alguns, este é um modelo fadado ao insucesso.

Para aqueles que apontam que a justiça restaurativa representa um modelo muito evoluído para a nossa sociedade tão desigual, a resposta é a de que o ser humano é repetidamente subestimado, afirmação que pode valer tanto para conquistas quanto para desastres. Neste trabalho defende-se que o diálogo é uma evolução na forma como resolvemos os conflitos penais e que, por isso, deve-se lutar diariamente para que a mediação penal e outras técnicas que incluem as partes na resolução dos seus próprios conflitos sejam estimuladas. Assim sendo, as ponderações críticas aventadas contribuem instigar as discussões sobre o tema, para que se possa, de certa forma, contribuir para legitimar cada vez mais a mediação penal e outros instrumentos não punitivos, como forma viável de solução dos conflitos penais.

Conclusão

O intuito deste trabalho não foi estabelecer posições teóricas conclusivas e totalmente coerentes, mas trazer para novas reflexões as inquietações que instigaram esta pesquisa.

É certo que muitas críticas podem ser formuladas para combater a justiça restaurativa e suas ferramentas; contudo, parece que a cultura de resolução dialogal indica uma evolução na forma de solução dos conflitos penais. A participação dos sujeitos na resolução do seu próprio conflito e a individualização no tratamento dos casos concretos são perspectivas que devem ser perseguidas.

São necessárias reflexões sobre a aplicabilidade do modelo da justiça restaurativa em uma sociedade desigual como a brasileira. No entanto, o esgotamento do modelo punitivo vigente já justifica a construção de uma nova forma de pensar sobre a resolução dos conflitos penais. As pesquisas referidas no texto demonstram que a mediação penal e outras práticas

restaurativas são uma excelente alternativa, desde que implementadas através de uma cultura que prega o diálogo e que busca a conscientização de todos os indivíduos da importância de uma estratégia que inclua a todos na responsabilidade de construir uma forma melhor de solução para o problema criminal.

Este trabalho procurou traçar um paralelo entre a crítica construída a partir da inversão ideológica que se faz aos direitos humanos com as dificuldades que são encontradas para efetivar a mediação como ferramenta apta para o desenvolvimento do modelo de justiça restaurativo; alguns pontos comuns foram apontados, notadamente naquilo que se refere à excessiva abstração e idealização de conceitos e teorias, bem como a dificuldade de haver uma aceitação com relação a soluções que não partam unicamente do poder público.

Pode-se concluir que a mediação penal pode servir sim à manutenção de diferenças estruturais de uma sociedade hierarquizada, mas pode também representar uma alternativa interessante para o falido sistema vigente. Nesta linha de raciocínio, se as propostas da justiça restaurativa, notadamente a mediação penal, forem analisadas e aplicadas pode-se encontrar uma solução que, se enfrentada a partir de uma perspectiva complexa, relacional e concretamente produzida, reflete uma conquista, na medida em que insere a vítima e o acusado no contexto de solução dos conflitos penais.

Por fim, é possível dizer que a adoção de uma ferramenta que propõe o diálogo e o consenso como solução para os conflitos penais em uma cultura individualista como a brasileira é um desafio que deve ser superado diariamente. Não haverá sucesso enquanto a visão que se tem de solução do conflito penal não se modificar. É preciso “trocar as lentes”⁴ para enxergar novas soluções para problemas antigos.

Referências

BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. **Tutela penal e teoria crítica dos direitos humanos**: uma intersecção crítico-dialética marginal. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) –

⁴ A “troca de lentes” é expressão consagrada pelo autor Howard Zehr (2008), pioneiro no campo da Justiça Restaurativa, e representa a necessária mudança de foco sobre o crime e sobre a forma como resolvemos o problema criminal, a fim de que novos resultados possam efetivamente ser observados pelos modelos de justiça criminal adotados.

- Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.
- FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.
- GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. **Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos**. Murcia: Editado por David Sánchez Rubio, 2008.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **La Reinención de los Derechos Humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2007.
- _____. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 359-385.
- MACHADO, Antônio Alberto. **A oração do patrono**. 18 jan. 2012. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/2012/01/18/oracao-do-patrono>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2012.
- _____. A teoria do Direito e os paradigmas positivistas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.
- _____. **Ensino jurídico e mudança social**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5).
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- RIBEIRO, Gustavo Lins. Cultura, direitos humanos e poder: mais além do império e dos humanos direitos: por um universalismo heteroglóssico. **Série Antropologia**, Brasília, v. 340, p. 1-16, 2003. Disponível em: <<http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie340empdf.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. São Paulo: **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, nº 39 – Governo & Direitos, 1997, p. 105-124.
- SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. Mediação penal. In: **Mediação e conciliação**. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014, p. 96-104.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. In: **Mediação e conciliação**. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014, p. 40-47.
- ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008