

## Justiça Restaurativa na Visão da Teoria do Discurso

Simone Matos Rios Pinto\*

A história demonstra que a violência sempre existiu na humanidade. Da vingança privada passa-se ao poder tirânico dos reis e da Igreja, com tantas perseguições em nome de “Deus”. Da execução em praça pública, dos enforcamentos, o homem passa a encarcerar. Nasce o Estado moderno com Hobbes, Locke, Kant e Beccaria, dentre outros. Criou-se a pena restritiva de liberdade, construíram-se presídios, como o mal menor. Como a história não para, e às vezes retrocede, vivemos hoje um período em que a violência prepondera. Só que com outra versão: a titularidade do poder de punir muda de mãos: “em nome de Deus” para “em nome do povo”.

Vivemos hoje uma democracia.

Quem é o povo? “Constata-se logo que ‘povo’ não é um conceito simples nem um conceito empírico; povo é um conceito artificial, composto, valorativo; mais ainda, é e sempre foi um conceito de combate” (MÜLLER, 2003, p. 55).

Povo é ao mesmo tempo titular do poder e vítima desse mesmo poder. O povo constituído das classes pobres, com menos conhecimentos e oportunidades, é atingido de forma mais frequente pelo direito penal. Poucos burgueses são atingidos. Essa massa, que compreende a parte mais vulnerável ao direito penal, é vítima da escassez de recursos e oportunidades, sendo, muitas vezes, também vítima de delinquentes que perderam a consciência do que seja o bem e o mal na sociedade atual.

A falta de efetividade de direitos sociais, de vida digna, tão proclamada pela Constituição, desencadeia uma desorientação na sociedade, gerando a violência. Não é possível separar o discurso da violência do discurso da falta de políticas públicas adequadas. O discurso de que o direito penal é o único meio de controlar a violência é um discurso ideológico e serve para encobrir os verdadeiros jogos de poder, que iludem a população no sentido de que, aumentando-se ou agravando-se as penas, vamos resolver o problema social.

Vivemos em uma modernidade, capenga, ainda entre o “altar” e o “trono”. Poder, liberdade, relações entre Estado e mercado são abordados separadamente, sem comunicação com o direito. Esse divórcio é desejado como ideologia de que a ciência jurídica deve-se livrar dessa fundamentação, por ser técnica, devendo ignorar justificativas.

Será que a Justiça é sinônimo de técnica de aplicação de leis?

Normas são produzidas como acordo de líderes. A suposição de que toda atividade estatal é legítima e certa é utopia. O direito é feito pela vida, não se despolui o rio com norma. Da mesma maneira que não se contém violência com normas mais severas.

Basta um olhar nas ruas das grandes cidades para constatar a realidade exposta: a sociedade é formada de pessoas de diferentes níveis sociais, em sua luta constante para sobreviver em um mundo que exige o consumo, no império do capitalismo.

Quanto aos não possuidores, sua convivência com a escassez é conflituosa, gerando uma classe dos “sem-teto, sem-terra, sem-trabalho, sem-dignidade”. Vivemos em uma sociedade de insatisfação, pois, se, por um lado, é possível descrever a sociedade moderna, por outro, a única certeza é o fato de que ela se torna cada vez mais complexa.

Na era do reconhecimento dos direitos humanos, enquanto direitos fundamentais do homem perante o Estado, presenciemos um retrocesso: o homem usado como meio para fins diversos do poder. Estamos nos distanciando da filosofia Kantiana, que nos mostrou o homem como um fim em si mesmo, e não como um instrumento de obtenção de poder.

Presenciamos um cenário de coisificação do homem. A competitividade cede lugar à competição, que consiste “na eliminação do outro para que eu possa ocupar seu lugar”.

Consumismo e competitividade levam ao emagrecimento moral e intelectual da pessoa, à redução da personalidade e da visão do mundo, convidando, também, a esquecer a oposição fundamental entre a figura do consumidor e a figura do cidadão. É certo que, no Brasil, tal oposição é menos sentida, porque em nosso país jamais houve a figura do cidadão. As classes chamadas superiores jamais quiseram ser cidadãos. Os pobres jamais puderam ser cidadãos. As classes médias foram condicionadas a apenas querer privilégios, e não direitos. E isso é um dado essencial do entendimento no Brasil: de como os partidos políticos se organizam e funcionam; de como a política se dá, de como a sociedade se move (SANTOS, 2005, p. 49).

---

\* Professora universitária. Membro do Núcleo Docente Estruturante - Faced.

Possivelmente teremos vergonha deste tempo, um início de século com tanta informação e tecnologia e pouco progresso na maneira de ver o outro, de lidar com o outro e, sobretudo, de não incluir o outro. Presídios são verdadeiros lixos humanos, onde se colocam os que não servem à sociedade privilegiada.

Em qual sentido nós poderíamos legitimamente nos considerar uma sociedade desenvolvida? Na capacidade de produzir computadores, produtos de consumo de toda ordem? E qual seria nosso desenvolvimento em termos de inclusão social?

Interessante notar que, na maioria dos crimes com os quais a sociedade se depara nas ruas, nos bares, no mundo da vida, os delinquentes se encontram sob a influência do álcool e das drogas. A realidade se torna difícil de suportar, e aqueles que não têm tanta garra para a luta do cotidiano se refugiam e acabam se tornando viciados, não dando importância nem a sua vida nem a de outros. “Vivemos num mundo de exclusões, agravadas pela desproteção social, apanágio do modelo neoliberal, que é também criador de insegurança” (SANTOS, 2005, p. 59). Essa violência estrutural leva-nos a outra violência, que é a real, do dia a dia do direito penal.

A perda de valores fundamentais sempre levou à barbárie, que, em nosso tempo, é denominada de violência.

Cenas de violência elevam a audiência da mídia, em canais que divulgam todos os dias atos violentos. Degustamos diariamente violência e notícias ruins. E é com essa realidade que o discurso ideológico do poder novamente se instala e usa a fragilidade do homem atormentado para acatar discursos, tais como o de agravar o sistema penal, construir mais presídios, diminuir a maioria penal.

O discurso há de ser outro: o que gera a violência é a falta de efetivação de garantias constitucionais, como boas escolas públicas, um sistema único de saúde que atenda com qualidade a população, trabalho digno, lazer, cultura.

O direito penal há de ser mínimo e nunca usado como “poder simbólico” para conter a violência. Deve ser o último remédio. É um remédio que custa caro ao Estado: gasta-se mais com o Judiciário penal e com a construção de presídios do que com a educação.

Esse grande paradoxo não é levado à mídia, não entra no discurso. O direito não pode se distanciar da realidade, sobretudo, por ser uma ciência social aplicada, que possui um papel de construção de uma sociedade mais justa.

O grande fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de seu papel garantidor dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal.

A “macrocriminalidade” composta de grandes infratores, de certa forma, está protegida pela própria legislação, que oportuniza saídas para a não incidência da pena, com o manuseio de inúmeros recursos. A grande demanda - comprovada - de atuação do Judiciário penal está em face da “microcriminalidade”, na qual os delinquentes, pertencentes às classes baixas, estão submetidos ao controle policial.

A validade das leis, para Kelsen, é pertencer ao ordenamento jurídico, grande conquista do positivismo, mas, no plano garantista, em uma visão neopositivista, uma norma pode ser vigente e ilegítima ao mesmo tempo. Direitos fundamentais não têm consenso na maioria. O direito e a democracia não são apenas produtos da razão, mas também resultados do esforço de todos nós, atores do próprio direito. O direito penal não pode ser causador de violência e injustiça, para isso, deve ter condições de ler os ordenamentos individualmente, porque temos realidades sociais diferentes.

A teoria do discurso desenvolvida por Habermas explica e legitima o direito com o auxílio de processos de pressupostos de comunicação. Os destinatários das normas são livres e iguais, mas, levando em conta o princípio da ampla igualdade, sob o enfoque de que aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não igual, partindo da máxima Aristotélica de tratar desigualmente os desiguais. A racionalidade do direito consiste em deixar abertos os processos de comunicação, buscando um direito legítimo através do auxílio de pressupostos de comunicação, que são institucionalizados juridicamente, com resultados racionais.

A legalidade penal não significa simplesmente aplicar leis vigentes ao caso concreto, deve ir além, aplicando-se a estrita legalidade, definida por Ferrajoli (2006, p. 39)

Como técnica legislativa que visa excluir, conquanto arbitrarias e discriminatórias as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas, e, portanto, com caráter constitutivo, e não regulamentar daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos, os inimigos do povo, como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os ‘desocupados’ e ‘vagabundos’, os propensos a delinquir, os dedicados ao tráfico ilícito, os socialmente perigosos e outros semelhantes.

Estamos num Estado Democrático de Direito e isso significa ser diferente de Estados simplesmente legais, onde os juízes são meros expectadores. Não cabe ao juiz simplesmente aplicar a lei penal, usando a mera legalidade. Seu papel é substancial na transformação de uma sociedade menos desigual. Toda aplicação judicial há de ser substancial, ou seja, deve levar em conta o direito como um todo, aplicando-se o direito penal juntamente com o direito constitucional. Reiteradas decisões podem fazer com que a resposta dada à sociedade seja fiel aos fundamentos e objetivos da nossa Constituição Federal, que eleva a dignidade da pessoa humana, valor síntese de todo o ordenamento e de todo o fundamento do Estado.

A falta de cumprimento do direito como um todo permite a não legitimação do direito existente. O direito será ilegítimo se faltarem instituições que garantam a efetivação das promessas normativas.

Diante de tantas reflexões, a teoria do discurso aponta como legítimo o direito baseado no processo de comunicação entre os interessados, onde a sentença é construída pelas partes. Nesse sentido, para o direito penal, é de suma importância a participação da vítima, não como mera testemunha, mas sim como a maior interessada na solução do conflito. Habermas (2007, p. 51) observa que padrões rígidos podem constituir obstáculos para um modo de socialização discursivo.

As recentes mudanças do nosso Código de Processo Penal trazem como pano de fundo a comunicação dos verdadeiros interessados no fato do mundo da vida, envolvidos em uma infração penal: vítima e réu. A vítima ganha espaço no processo, devendo ser intimada de atos do seu interesse, é a primeira a ser ouvida na audiência, e o réu, em seu interrogatório, na primeira parte, revela suas oportunidades sociais e dados familiares, para, posteriormente, ser indagado sobre os fatos. Isso faz revelar no processo quem são os verdadeiros interessados na condução do procedimento.

As inovações trazidas pelo Código de Processo Penal são um avanço, e, além delas, um novo conceito de soluções de conflito começa a ganhar força no Brasil.

A Justiça Restaurativa, como modelo de socialização comunicativa, proporciona a comunicação simples, tecida horizontalmente entre as partes, onde é possível delinear um processo de entendimento e de paz social. Representa, sobretudo, um espaço de diálogo.

No lugar do confronto, o diálogo. Essa proposta atende a sugestão da Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que faz a recomendação da Justiça Restaurativa a todos os países. De forma bastante tautológica, define que: "Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos". E avança dizendo que

esses processos restaurativos são quaisquer processos onde vítima e ofensor, bem como demais outros indivíduos ou membros da comunidade que foram afetados pelo conflito em questão, participam ativamente na resolução das questões oriundas desse conflito, geralmente com a ajuda de um facilitador (Disponível em: <[www.arco.org.br/.../nacoes-unidas-conselho-economico-e-social](http://www.arco.org.br/.../nacoes-unidas-conselho-economico-e-social)>).

A essência da teoria do discurso, proposta por Habermas, em sua obra "Direito e democracia: entre a faticidade e validade", é de que o direito só será legítimo se houver a participação dos envolvidos, na busca de uma resposta adequada ao conflito.

A força consensual, segundo Habermas:

Reflete a idéia de imparcialidade que guia os discursos práticos. A comunicação entre os participantes da argumentação que agem em função do entendimento, ao lado de atores que procuram influenciar-se estrategicamente, é um novo modelo de julgamento imparcial de interesses e de conflitos que a ação introduz, no fluxo da argumentação, para uma decisão racional e a pretensão da justiça que permite fundamentar direitos legítimos (HABERMAS, 1997, p. 154).

A Justiça Restaurativa não prescinde do Estado, é uma alternativa ao modelo vigente, fomentando a democracia dentro das instituições da Justiça. Reforça a democracia dentro do Poder Público. Habermas observa que:

Condutas sociais que autorizam a ação da força, privando a liberdade, podem manifestar-se através de um prejuízo que priva os oprimidos e submetidos daquilo que os capacita a exercer sua autonomia privada e pública. A justiça não deveria referir-se somente a distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento do exercício das capacidades individuais da comunicação e da cooperação coletiva. No quadro de tal concepção da justiça, a injustiça refere-se, em primeiro lugar, a duas formas inválidas de imposição: opressão e dominação (HABERMAS, 1997, p. 157).

O direito penal passa por uma crise. Crise de legitimação, uma vez que o Ministério Público assume a titularidade da ação penal pública incondicionada, ou seja, assume a titularidade para a vítima, agindo em nome do Estado, sem, contudo, ouvir a vítima previamente. E, por outro lado, defesas são apresentadas de maneira geral, cumprindo o contraditório de maneira formal. O procedimento se desenvolve mediante o cumprimento de um ritual que gerará uma sentença, que, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros envolvidos, tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida.

Habermas (1997) discorre que os problemas de legitimação decorrem não só da ineficiência do Estado, mas também da ausência de legitimação, que também pode resultar de uma perturbação da gênese democrática do direito, independentemente do modo como problemas desse tipo se relacionam com problemas de regulamentação não resolvidos.

Na linha de Hannah Arendt (LAFER, 1988, p. 26), a cidadania se exerce dentro de uma comunidade democrática, sendo presumível que o cidadão tem que estar em condições de manifestar o desejo de ser um membro dessa comunidade histórica particular, com seu passado e futuro, com suas formas de vida e instituições, pelas quais seus membros pensam e agem. Uma comunidade que valoriza seus membros age não como pura conformidade, mas como exigência de conhecimento da linguagem, da cultura e de reconhecimento das instituições que alimentam a reprodução dos cidadãos capazes de um julgamento responsável.

No momento em que a comunidade passa a implementar princípios constitucionais universalistas, é preciso interpretar, de modo universal, a exigência do agir como cidadão dessa comunidade. A legitimidade do direito positivo deve conseguir, através de um processo racional, apoiar-se no princípio segundo o qual a legitimidade do direito se dá com o assentimento de todos os possíveis envolvidos nos fatos reais do mundo da vida. À luz desse princípio, os sujeitos examinam quais são os direitos que eles deveriam conceder uns aos outros enquanto sujeitos de direito, garantido o uso público das liberdades comunicativas, concretizando-se, assim, o princípio democrático no direito penal.

A formulação do princípio do discurso ressalta que “são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas” (HABERMAS, 1997, p. 323). Há espaço, no direito penal, para o diálogo entre as partes, na busca do consenso entre vítima, infrator e pessoas da comunidade afetadas pelo crime, com a finalidade de restaurar perdas e traumas causados. Essa é uma visão do direito como um todo: todos participando ativamente de um processo de construção da solução do conflito.

Habermas observa que:

O Direito não é um sistema fechado narcicisticamente em si mesmo. Uma vez que se alimenta da eticidade democrática dos cidadãos, pode ser um processo democrático onde os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado também para o bem comum, no qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente (HABERMAS, 1997, p. 323).

Continua seus argumentos no sentido de que:

Independente da estrutura, a legitimidade do direito se alcança não só com liberdades subjetivas de ação para defesa de seus interesses próprios, mas também com liberdades comunicativas para fins do uso público da razão. E, ainda, para que mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes de processo de entendimento que versem sobre as regras de convivência (HABERMAS, 1997, p. 324).

A Justiça Restaurativa pode converter-se em um momento de integração social, assumindo uma atitude reflexiva capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente e capaz de incluir o povo como destinatário e sujeito ativo do processo de interpretação da norma.

Através dela, almeja-se encontrar um caminho menos árduo e degradante de aplicação do direito penal, visando, sobretudo, dar à aplicação do direito penal um discurso real, construído a partir de cada caso concreto, com possibilidade de diálogo no lugar da imposição pela força de uma pena. Por esse caminho, quem sabe, alcançaremos verdadeiramente a possibilidade de reinserção do infrator na sociedade e a tão almejada paz social.

## Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Ed. Paz e Terra, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Ed. Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassn Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1 e 2, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo, 2004.
- JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003.
- RAWS, John. *Teoría de la justicia*. Trad. Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RAWS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1967.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SAMPAIO, Jose Adércio Leite; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário - Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Ed. Rio de Janeiro, 1995.