

JUSTIÇA RESTAURATIVA ESTATAL: O *PROCESS-FOCUSED MODEL* COMO RUPTURA PARADIGMÁTICA

STATE RESTORATIVE JUSTICE: THE PROCESS-FOCUSED MODEL AS A PARADIGMATIC BREAKING

Gabriel Antinolfi Divan¹

Doutor em Direito (PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Marcel Andreata de Miranda²

Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF, Passo Fundo/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito público; direito processual penal; política criminal.

RESUMO: O presente trabalho visa situar a adoção ou influência de práticas, métodos e elementos restaurativos em meio ao sistema de justiça brasileiro, como parte de uma visível ruptura que pode ser lida, em certo aspecto, como uma transição paradigmática: as promessas não cumpridas pelos modelos estanques da modernidade condicionam a abertura para uma nova visão, mais participativa, aberta

e dinâmica. No Brasil, a justiça restaurativa – ou ao menos alguns de seus elementos e suas propostas – vem sendo implementada em projetos-piloto, exatamente, nesse contexto de formação da pós-modernidade, tornando indispensável que seja forjada segundo os princípios que orientam o novo, ou seja, com um viés de transformação social. A questão central do artigo é discutir qual das múltiplas faces da justiça restaurativa é a mais condizente com esse chamado paradigma da pós-modernidade. Para tanto, necessário

¹ Professor do PPG/Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF, Passo Fundo/RS, Brasil). Advogado. *E-mail:* divan.gabriel@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2279996083883727>>.

² Juiz de Direito/TJRS. *E-mail:* marcel.andreata@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4907795426838437>>.

revisar as bases do paradigma moderno, perpassando a crise do Estado e de suas instituições, e demonstrar as (novas) possíveis rupturas. Apresentados, em seguida, dois modelos sobre a posição da justiça restaurativa frente à justiça estatal, concluiu-se que o modelo centrado nos processos (*process-focused model*), em sua concepção de transformação, é aquele capaz de, em consonância com a pós-modernidade, proporcionar a emancipação dos excluídos, o resgate da comunidade, a desinflação do Judiciário, ou seja, a transformação da sociedade.

ABSTRACT: *The present work aims to locate the affiliation or the influence that retorative elements, methods and tactics have in Brazil's system of justice as a clear breaking that can be read as a paradigm changing: the unfulfilled promisses from tight modern standards lead an open to a new view, which is much more participatory, dynamic and fresh. In Brazil, Restorative Justice, or, at least, some of its issues and proposals, is getting implemented in startup projects, exactly in this so called post-modern pattern, and in a needful thought which improves a new look and intent to make social changes as goals. The work's main issue is to discuss which one of the multiple views of Restorative Justice fits the post-modern pattern. Therefore, there's a need to review the modern pattern cornerstones, throught the state and its institutions crisis and show the (new) options to a breakthrough. Following it, the paper introduces a couple of Restorative Justice's models, to conclude that the process-focused model and its power to improve social changes show an according with the post-modern pattern, the empowerment of social excluded people, and as a model that can bring back a community sense and disinflate the courts, changing society itself.*

PALAVRAS-CHAVE: administração de conflitos; justiça restaurativa; pós-modernidade.

KEYWORDS: *conflicts management; post-modernity; restorative justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A transição paradigmática; 2 Os modelos de justiça restaurativa e a pós-modernidade: o *process-focused model*; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introductions; 1 The paradigmatic turn over; 2 Restorative justice models and post-modernity: the process-focused model; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Na clássica definição exarada por Kuhn (1991, p. 13), o conceito que explicita o que é um paradigma gravita em torno de “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modulares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Sua definição é usada comumente não apenas

para estabelecer *standards* científicos estritos, mas para que se possa pensar uma espécie de momento epistêmico em que essas soluções modulares perpassam os campos técnicos, políticos e sociais. Um paradigma, nesse sentido, engloba uma cosmovisão e um campo múltiplo de padrões que informam uma miríade de possibilidades de análise de uma sociedade ou um sistema durante o período de aceitação ou vigência paradigmáticas descrito. Igualmente, ao se abordar a questão da chamada transição paradigmática, considera-se que “as revoluções científicas são os complementos desintegradores da tradição a qual a atividade da ciência normal está ligada” (Kuhn, 1991, p. 25), bem como que “esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completado por um único homem e nunca de um dia para o outro” (Kuhn, 1991, p. 26).

O caráter que coliga esse mesmo conceito de paradigma (focalizado por Kuhn nos modelos e problemas científicos aceitos como legítimos em um dado momento) a possíveis análises relativas ao cotidiano social e mesmo à episteme das ciências sociais (Cruz, 2009, p. 221) e também ao universo jurídico (enquanto sistema operacional social e político) e seus mecanismos atinentes é inegável. Assim como verdades científicas, “verdades sociais” são assumidas dentre um paradigma e a ruptura social (de cunho reflexivo e hermenêutico) com algumas evidentes falibilidades das soluções propostas ou impostas por um paradigma a partir dos padrões científicos (Santos, 1989, pp. 47-49) são ponte para a própria transição cíclica anunciada por Kuhn.

Ademais, o modelo político-jurídico estatal moderno (Streck; Bolzan de Moraes, 2010, p. 167-168), e suas derivações, guarda um estreito lastro que liga ou mesmo associa a própria fórmula do Estado e sua razão de ser à jurisdição e seu exercício – jurisdição como condição fundante e marcante da própria soberania política do Estado. Assim sendo, é imperioso que se congloba a experiência prática e teórica do funcionamento do sistema jurídico enquanto reflexo, derivação e estímulo em contrário às estruturas que sustentam, reafirmam, questionam e rompem com edifícios paradigmáticos científicos (Divan, 2015, p. 447-450).

No que diz respeito aos modelos de solução de conflitos no âmbito do sistema de justiça aplicado no Brasil, é possível destacar uma influência marcante e superior do que poderíamos chamar de aspectos relativos – inegavelmente – a um paradigma da modernidade.

Dentre as várias acepções aqui exibidas, destacam-se, no âmbito do Direito, características definidoras desse modelo/paradigma: um exercício político-

-jurídico essencialmente regulador, segregador e excludente, com a estagnação da promessa de ampliação do acesso e da democratização da Justiça.

A crise de legitimidade das instituições jurídicas e a consequente perda de credibilidade do Direito perante a população nada mais são do que reflexos de um sistema rígido, em que a regulação exclusiva estatal é utilizada como um método de dominação por exclusão, de controle social.

A dominação e a parceira sujeição são refletidas de um excesso de regulação normativa, entre outros fatores, a qual provoca lateralmente o “inchaço” (excessivo número de demandas judicializadas, mormente se comparada à força de trabalho dos Tribunais) e, logo, a ineficiência do Direito. O Direito passa a refletir unicamente o exercício de um poder, polarizado pela dominação e pela sujeição. A comunidade desfeita (Bauman, 2003, p. 81; Divan, 2015, p. 393-407) não mais se encontra no Direito. Não se encontra, como, aliás, tem, talvez, no Direito (especialmente na esfera criminal) um obstáculo sempre travestido, que propõe franquear-lhe empoderamento quando lhe subtrai possibilidades e guarida (Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar, 1999, p. 385).

A decadência desse paradigma provoca o surgimento de um novo, emergente, chamado por muitos de paradigma da pós-modernidade, ainda não identificável, pois vivenciável – a delimitação somente é possível por uma análise histórica, ou seja, *a posteriori*.

É neste contexto, ou seja, é no nascedouro do paradigma da pós-modernidade que a justiça restaurativa vem sendo implantada no Brasil, precipuamente por meio da atuação positiva (proativa) do Poder Judiciário.

Justifica-se, assim, o exame teórico dos modelos de justiça restaurativa, a fim de verificar qual deles mais se enquadra no paradigma da pós-modernidade.

No presente artigo, propõe-se que o modelo centrado nos processos e em sua resolução procedimental, por ser aquele capaz de, em consonância com a emergência de um modelo calcado na pós-modernidade, proporcionar a emancipação dos excluídos, o resgate da comunidade, a desinflação do Judiciário, ou seja, a transformação da sociedade, é o mais condizente com o presente paradigma da pós-modernidade.

Para se chegar a tal conclusão, em um primeiro momento, expõem-se o declínio e a formação dos paradigmas, a transição paradigmática – em especial a crise do direito moderno –, a fim de identificar quais as características que

formarão o novo e, logo, informarão a prática de solução de conflitos no mundo contemporâneo.

Em seguida, apresentar-se-ão, sucintamente, dois modelos de justiça restaurativa reconhecidos na doutrina, a fim de possibilitar a identificação daquele que é mais condizente com a pós-modernidade, ou seja, aquele capaz supostamente de proporcionar a emancipação dos excluídos, o resgate da comunidade, a desinflação do Judiciário, em suma, a transformação da sociedade.

1 A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

1.1 O PARADIGMA DA MODERNIDADE

Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 56-57), no primeiro volume de *A crítica da razão indolente*, afirma que vivemos uma fase transitória, de superação do paradigma da modernidade, o qual é fundado nos pilares da regulação e da emancipação – com a absorção, adianta-se, do segundo pelo primeiro. Segundo Santos,

no projecto da modernidade podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade. Apesar de estas duas formas de conhecimento estarem ambas inscritas na matriz da modernidade eurocêntrica a verdade é que o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação. (2002, p. 29)

O pilar da regulação constitui-se por três princípios ou lógicas: o princípio do Estado, baseado na doutrina de Hobbes, do qual se extrai a existência de uma relação vertical entre o Estado e o cidadão; o princípio do mercado, nos termos expostos por Locke e Adam Smith, abarcando as relações horizontais entre os participantes do livre mercado; e o princípio da comunidade, forjado por Rosseau, que se destaca por trazer à horizontalidade das relações a noção de solidariedade (Santos, 2002, p. 50).

Por sua vez, “o pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético-expressiva das artes

e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito” (Santos, 2002, p. 50).

A partir dos séculos XVI e XVII, a modernidade ocidental emergiu como um ambicioso e revolucionário paradigma sociocultural fundado em uma tensão dinâmica entre a regulação social e a emancipação social. Já, a partir do século XIX, formando-se uma convergência entre a modernidade e capitalismo, houve uma transformação das energias emancipatórias em energias regulatórias (Santos, 2002, p. 56-57). O paradigma da modernidade passou a apoiar-se em dois grandes instrumentos de racionalização da vida coletiva: a ciência moderna e o direito estatal moderno (Santos, 2002, p. 51).

A ciência moderna, em resumo, constitui-se em oposição ao senso comum, o qual a ciência moderna “considera superficial, ilusório e falso” (Santos, 2002, p. 107). A ciência moderna, por se basear na filosofia metafísica e sua divisão estática entre sujeito e objeto, mostra-se regulatória e segregacionista, na medida em que impõe o científico ao comum e reserva ao conhecimento técnico, desprovido de particularidade humanas e de percepções axiológicas, a posição hegemônica, ou mesmo exclusiva, do saber (Santos, 202, p. 78-85).

No tocante ao direito estatal moderno, a percepção é a de que o direito se tornou, durante a modernidade, o responsável por assegurar *tout cort* a ordem exigida pelo capitalismo, como um verdadeiro racionalizador da vida social, mostrando-se sempre como um “direito estatal científico” – Santos (2002, p. 121-122) utiliza essa expressão para demonstrar que o direito se tornou instrumental e indissociável do Estado, ou seja, o direito é apropriado pelo Estado.

Tais transformações (cientificismo e estadismo do direito) provocaram (i) a juridicização do mundo social, destruindo a dinâmica orgânica e os padrões internos de autoprodução e autorreprodução das diferentes esferas sociais; (ii) a “materialização” do direito – inflação legislativa e sobressocialização do direito; e (iii) a ineficácia do direito – regulação jurídica ineficaz ou contraproducente (Santos, 2002, p. 158).

Na modernidade, o direito atua, portanto, como um dispositivo de regulação social, de supressão de individualidades. Da filosofia de Giorgio Agamben (2014, p. 39), bem se observa a intensidade em que a formação ética dos viventes, em tal panorama, está sujeita a esses mecanismos externos que visam à sujeição dos indivíduos aos interesses do poder (e não seria exagero situar o Direito em si, como condizente com a noção de “dispositivo”, na sua

opinião do autor: “Qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”). Segundo Agamben (2014, p. 7), “não haveria um só instante na vida dos indivíduos que não seja modelado, contaminado ou controlado por algum dispositivo”, ocasionando o triunfo da *oikonomia*, ou seja, do exercício do poder pelo poder – autorreprodução do poder.

1.2 A CRISE DA MODERNIDADE, DO ESTADO E DO DIREITO E A PÓS-MODERNIDADE

O declínio do paradigma da modernidade reflete também uma crise do Estado e de suas instituições, inclusive do Direito (Santos, 2002, p. 186), consubstanciada em uma noção de desprendimento, de não pertencimento do cidadão em face do Estado contemporâneo e de não submissão a suas instituições.

Conforme acentuam Bobbio, Matteucci e Pasquino, com base nos escritos de O’Connor, enfrenta-se uma crise de legitimação do Estado contemporâneo ocasionada pela dificuldade de integração ideológica da sociedade liberal, em virtude da custosa compatibilização entre os valores da liberdade e da igualdade, principalmente diante da heterogeneidade cultural intra e interestatal. É necessário, segundo os aludidos doutrinadores, que se encontre um outro fundamento para a legitimação do Estado contemporâneo, uma vez que

a legitimação não pode assentar na crença da legalidade, como acontece em Weber; a lei universal e abstrata não pode mais referir-se a um contexto econômico e social profundamente não homogêneo e, por isso, a sua aplicação se realiza através de processos administrativos cada vez mais funcionalmente adaptados a claros interesses, que vão surgindo num aparelho produtivo amplamente diversificado. A legitimação da autoridade política do Estado tem de buscar outro fundamento. (2000, p. 404-405)

A perda de legitimação do Estado contemporâneo é também identificada nas críticas formuladas pelo comunitarismo ao liberalismo implantado na maioria dos países ocidentais, no sentido de que a neutralidade estatal que caracteriza o modelo liberal impede que os cidadãos aceitem as restrições exigidas pelo Estado de Bem-Estar Social – modelo que, saliente-se, está em processo de

aparente superação nos países desenvolvidos. Kymlicka assim sintetiza a crítica formulado pelo comunitarismo:

Esse “distanciamento” da forma de vida compartilhada da comunidade significa que passamos a estar pouco dispostos a suportar os fardos da justiça liberal. Como resultado, as democracias liberais estão passando por uma “crise de legitimação” – pede-se aos cidadãos que se sacrifiquem cada vez mais em nome da justiça, mas eles compartilham cada vez menos coisas com aqueles pelos quais estão se sacrificando. Não há nenhuma forma de vida compartilhada subjacente às exigências do Estado neutro. (2006, p. 290)

Um pouco além das críticas formuladas pelo comunitarismo, Rosanvallon (1997 p. 95), ao dissertar sobre a crise do Estado-providência, assevera que “não há mais nenhum meio, para os indivíduos, de ver a relação entre os descontos individuais e sua utilização coletiva”, apresentando-se a crise como o sinal de um déficit de identidade cultural.

No Brasil, embora não haja dúvida de que o Estado Social não foi implementado, a despeito da opção do poder constituinte originário (Streck, 2013, p. 88), o Estado fiscal foi completamente aperfeiçoado, exigindo-se dos cidadãos uma das mais altas cargas tributárias do mundo. Certamente, em tal contexto, há uma acentuada perda da identificação dos cidadãos com o Estado e a decorrente crise de legitimação de suas instituições.

Ora, se, para os pagadores de tributos (ou seja, para aqueles que detêm considerável renda, componentes da minoria na sociedade brasileira), há a perda da identificação com o Estado nos moldes anteriormente delineados, existe um outro fator de deslegitimação do Estado e de suas instituições perante os “não pagadores de tributos”, os excluídos.

Sob o prisma dos excluídos, Moysés Pinto Neto (2010, p. 137-141) sustenta não ser possível fundamentar o Estado e o Direito na ideia do contrato social, pois tal seria capaz de explicar a existência daqueles que estão fora desse pacto – sem direito, em estado de “vida nua” – sem qualquer razão justificável, advogando a tese de que há uma verdadeira matriz oculta no Direito da modernidade.

A exclusão não decorreria, segundo Pinto Neto (2010, p. 141-143), de mera falta de acesso à justiça, mas de um estado de “não direito”, que corresponde

a um *status quo* vivenciado por grande parte da população mundial. Se o que legitima o pacto social é a existência de um suposto consenso entre as partes, não poderá considerar legítimo um contrato que exclui, fatalmente, alguns. A apontada incompatibilidade é potencializada quando se percebe que são justamente os excluídos que sofrem uma maior intervenção do poder estatal, precipuamente na esfera penal.

Para Pinto Neto (2010, p. 143-149), a solução não estaria em uma correção, em uma mera ampliação do acesso à justiça, pois, entre outros fatores, (a) a crescente formalização de direitos provocaria a extensão do controle sobre a vida, enquanto, na verdade, não seria possível formalizar a vida, pois a vida seria justamente aquela relação não formalizada, decorrente do natural; (b) a “vida nua”, despida de direitos, seria um efeito, não um defeito da formalização, ou seja, o aparecimento dos excluídos não seria um defeito do sistema, mas, sim, um efeito perverso que a formalização da vida gera.

Por outro lado, no atual estágio da civilização, não se apresenta cogitável a ideia de extinção do Estado e do Direito para a emancipação dos excluídos.

Sigmund Freud (2010, p. 54-55), em meio à transição dos séculos XIX e XX (momento de rupturas essenciais e de convergência entre ápices e esfacelamentos da modernidade – Cf. Baumer, 1990), já vaticinava sobre as origens psíquicas do pacto social e, logo, do surgimento das comunidades. Segundo o autor, em um estado pré-civilizatório (ou aculturado), os homens não sofreriam qualquer limitação externa ao exercício de sua liberdade, podendo livremente buscar os meios de prazer e alívio da dor – felicidade. Esse estado de ausência de uma autoridade externa provocava o não desenvolvimento do supereu e da consciência moral, de modo que se poderia afirmar que se vivia em um estado de liberdade plena.

Todavia, o estado selvagem do homem primitivo – por não haver a autoridade externa e o desenvolvimento do supereu e da consciência moral, faltavam ao homem aculturado os mecanismos de contenção dos impulsos – acabava por impedir a realização plena da felicidade, uma vez que submetido a diversas intempéries naturais e humanas, estas consubstanciadas em constantes agressões, com redução da tranquilidade e tempo de vida. Paradoxalmente, pode-se afirmar que, sendo a liberdade, na época, um atributo absoluto, não se poderia falar em liberdade (Freud, 2010, p. 54-55).

Urge, assim, um repensar radical sobre a ciência moderna e o direito moderno, tão radical que pode ser considerado como um “des-pensar”. Esse “des-pensar” do direito seria mais importante e urgente em três áreas: Estado nacional *versus* sistema mundial (dicotomia direito nacional-direito internacional), Estado-sociedade civil *versus* sociedade política (dicotomia direito público-direito privado) e utopia jurídica *versus* pragmatismo utópico (dicotomia direito mantenedor-direito transformador), nos termos delineados por Santos (2002, p. 186-187).

Em uma das sugestões para a superação do paradigma da modernidade, Santos (2002, p. 220-221) propõe uma “cartografia simbólica do direito” como a via possível de acesso a uma concepção pós-moderna do direito, pois permitiria vulgarizar e trivializar o direito, abrindo caminho para um novo senso comum jurídico.

Santos (2002, p. 207-208) sustenta que circulam na sociedade várias formas de direito ou modos de juridicidade, distinguindo-se pelo tamanho da escala com que regulam a ação social e consistindo em um modo de pluralismo jurídico, diferente daquele estudado e teorizado pela antropologia jurídica, pois se trata, na verdade,

da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajetórias pessoas e sociais, quer na rotina morna do quotidiano sem história. (2002, p. 221)

É a partir de pesquisas de sociologia do direito realizadas em Cabo Verde, local em que a justiça popular era organizada de modo a envolver ao máximo as comunidades locais, incorporando, sempre que possível, o “direito local” (costumes, práticas, etc.), que Santos (2002, p. 209) cria a noção de “interlegalidade”, entendida como uma relação complexa entre dois direitos, dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico.

No paradigma da pós-modernidade, é assim que se forma o espectro pelo qual se formará um novo senso comum jurídico, partindo de uma concepção de direito autônoma da que é produzida pelo Estado-instituição (Santos, 2002, p. 222).

Valorizando-se as subjetividades, reduz-se a regulação, privilegiando-se a emancipação. Em modo similar, para Agamben (2014, p. 44-45), a restauração das subjetividades perpassaria um instrumento que chama de profanação, um contradispositivo, um procedimento de “contrassacrifício” capaz de restituir ao indivíduo o controle do ético. Esse resgate do ético, com a anulação dos dispositivos que cegam a atuação da consciência moral, perpassa a consideração do outro, o resgate de um sentimento “da existência do amigo no sentimento da existência própria”, formando-se uma realidade política intersubjetiva própria (Agamben, 2014, p. 67).

A essencialidade da retomada da subjetividade é destacada por Hannah Arendt quando, ao tratar dos julgamentos pós-guerra, exige a preservação do ético como elemento dispensável para se evitar a banalização do mal, a consideração do outro como sujeito de direitos, não como mero objeto:

O que exigimos nesses julgamentos, em que os réus cometeram crimes “legais” é que os seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo o que têm para guiá-los seja apenas seu próprio juízo, que, além do mais, pode estar em conflito com o que eles devem considerar como opinião unânime de todos a sua volta. E essa questão é ainda mais séria quando sabemos que os poucos que foram suficientemente “arrogantes” para confiar em seu próprio julgamento não eram, de maneira nenhuma, os mesmos que continuavam a se nortear pelos velhos valores, ou que se nortearam por crenças religiosas. [...] Os poucos ainda capazes de distinguir certo e errado guiavam-se apenas por seus próprios juízos, e com toda liberdade; não havia regras as quais se conformar, as quais se pudessem conformar os casos particulares com que se defrontavam. Tinham de decidir sobre cada caso quando ele surgia, porque não existiam regras para o inaudito. (1999, p. 318)

A destruição da intersubjetividade que permite a consideração do outro – ou, como prefere Zizek (2015, p. 190), “além do rosto do outro” – e que poderia contemplar, em revolução, a formação da política da amizade a que alude Agamben (2014, p. 55-71) atinge a própria fonte de liberdade do indivíduo (o

nascimento do homem e a sua capacidade de começar de novo), destruindo a capacidade de adquirir convicções, de formação do ético, de subjetividades; é o ápice do processo de dessubjetivação ocasionado pelos dispositivos, que marca os regimes de grande exclusão pela violência (Arendt, 2014, p. 616-620).

Portanto, no novo paradigma em formação, o pilar emancipatório deve visar à redução do cientificismo e do estadismo do Direito, transformando-o em um Direito modificador do *status quo*.

Em tal perspectiva pós-moderna, a justiça restaurativa deve ser pensada como um modo de superação do desafio de conjugar regulação e emancipação, restrição e liberdade, visando a dar voz aos excluídos e resgatar a legitimidade do Estado e de suas instituições.

2 OS MODELOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PÓS-MODERNIDADE: O PROCESS-FOCUSED MODEL

A justiça restaurativa apresenta-se teoricamente em distintos modelos e concepções.

Para o objetivo do presente estudo, é importante que se exponham dois modelos antagônicos, um que originará uma justiça restaurativa estatal e outro que trará a lume uma justiça restaurativa comunitária.

Pallamolla (2009, p. 78-84) identifica, no plano teórico, dois grandes modelos sobre a posição da justiça restaurativa frente à justiça estatal (não obstante os apresente sob uma perspectiva redutora, em cotejo com o sistema penal, exclusivamente): o centrado no processo e aquele focado nos resultados.

O modelo centrado nos processos (*process-focused model*), segundo Pallamolla,

está de acordo com a definição de Marshall, que enfatiza o processo e estimula o empoderamento das partes (vítima, ofensor e comunidade) para resolverem seus problemas de forma cooperativa, através de encontros face a face. Este modelo, por ser cooperativo, depende da voluntariedade das partes em querer participar. Não se aceita que o processo restaurativo seja imposto pelo Judiciário ou que este imponha uma sanção, mesmo que contenha finalidades restaurativas. Seus representantes são contra a participação de profissionais ligados ao

direito e de autoridades nos processos e costumam ocupar-se de casos que são derivados ou divertido (*diversion cases*) do sistema de justiça criminal para programas de mediação, conferências comunitárias e círculos de pacificação/cura. A finalidade deste modelo é permear e transformar o sistema de justiça criminal de forma gradual. (2009, p. 79)

Como se vê, para os adeptos do modelo centrado nos processos, não se admite, na justiça restaurativa, a ingerência do Estado, embora se permita uma fiscalização para evitar abusos ou violações de direitos – justificar-se-ia a intervenção estatal, por exemplo, em uma situação em que o processo restaurativo redundasse na obrigação de doação de um órgão (e, nesse condão, sobre desjudicialização e desjudicialização, vale conferir resumo da doutrina portuguesa atinente ao tema, exibido em Robalo, 2012, p. 39-45).

Por outro lado, o modelo centrado nos resultados não só admite, mas recomenda a intervenção estatal, pois dá ênfase à reparação da vítima, ainda que por meio de uma sanção imposta pelo juiz. Ainda com Pallamolla,

ocorre que os defensores desta tendência, buscando ampliar seu uso para delitos mais graves, defendem que a adoção dos processos restaurativos prescindia da voluntariedade das partes e que se possibilite, inclusive, a utilização de sanções restaurativas (impostas pelo juiz). Neste modelo o Estado também supervisiona o processo e o juiz pode, até mesmo, indeferir as decisões alcançadas, caso sejam incompatíveis com os valores restaurativos. (2009, p. 80)

Em um primeiro momento, essa dicotomia demonstra que a justiça restaurativa não está ligada, ontologicamente, ao direito estatal.

Em um segundo momento, essa exposição sucinta dos modelos centrados no processo e nos resultados já demonstra que o primeiro se apresenta mais condizente com o paradigma da pós-modernidade, na medida em que dissocia a justiça restaurativa do aparato estatal.

Passando-se às distintas concepções da justiça restaurativa, pode-se, ainda com Pallamolla (2009, p. 53-59), falar em três concepções de justiça restaurativa, que, na verdade, têm como marca distintiva a ênfase, a indicação do ponto

essencial desse modelo de justiça: a concepção do encontro, a concepção da reparação e a concepção da transformação. Para os defensores da concepção do encontro, a justiça restaurativa é um espaço de reduzida ação estatal, limitada à figura do facilitador, proporcionando que os envolvidos na controvérsia ganhem participação ativa em sua resolução. Na concepção da reparação, a minimização ou a supressão do dano ocasionado à vítima é o fundamento da justiça restaurativa. Já, para a concepção da transformação, a justiça restaurativa é um verdadeiro modo de vida, capaz de modificar as relações sociais, reduzindo ou remodelando o atomismo liberal, a fim de fazer preponderar visões solidárias em detrimento de percepções egocêntricas sobre a vida.

Ou seja, uma das concepções de justiça restaurativa enfatiza o seu aspecto transformador da sociedade, dissocia a ideia de justiça restaurativa de uma concepção complementar da justiça criminal, compreendendo que, na verdade, está-se a tratar da superação de um paradigma regulador, redutor das liberdades, estatizante.

Por meio dessa justiça restaurativa libertadora, desestatizada – o modelo centrado nos processos em sua concepção de transformação –, possibilita-se a existência, nos mesmos moldes propostos por Cappelletti e Garth (1988, p. 115-120) para os nominados “tribunais de vizinhança ou sociais”, de “um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes – embora da maior importância para aqueles indivíduos”, bem como a criação, ainda com os citados autores, de relações interpessoais saudáveis, na mesma perspectiva dos “tribunais populares” da China e do modelo de “autogestão na administração da justiça” na Polônia.

A justificativa de um maior envolvimento da comunidade, com o proporcional afastamento do Estado, encontra ainda as seguintes justificativas, bem delineadas por Da Fonseca Rosenblatt:

Sob o ponto de vista restaurativo, o crime afeta uma relação tripartida entre o infrator, a vítima e a comunidade (Gormally, 2002). O ideal, portanto, é que os processos restaurativos tragam essas três partes em comunicação para que elas definam, coletivamente, o dano provocado pelo delito; e depois, juntas, desenvolvam um plano de reparação desse dano (McCold, 2000). Uma das premissas da justiça

restaurativa, portanto, é que a comunidade tem de ser envolvida em processos restaurativos. Mas por que, precisamente, devemos envolver a comunidade? Nesse artigo iremos nos restringir à análise das seguintes justificativas típicas: (1) porque os conflitos também pertencem à comunidade (e não apenas à vítima, ao infrator e/ou ao Estado); (2) porque a comunidade deveria desenvolver habilidades para resolver os seus próprios conflitos/problemas (e, assim, depender menos do Estado e seus profissionais); e (3) porque membros leigos da comunidade são mais indicados (do que os profissionais da justiça criminal) para a execução de algumas tarefas relacionadas à prevenção do crime e à reintegração do infrator (e da vítima). (2014, p. 45-46)

Vale ressaltar, em reforço à preferência que deve ser conferida ao modelo centrado nos processos em sua concepção de transformação, que, no paradigma da modernidade, “um dos processos que levaram a que o equilíbrio entre regulação e emancipação fosse quebrado a favor da regulação consistiu na redução da política a uma prática social sectorial e especializada e na rígida regulação da participação dos cidadãos nessa prática” (Santos, 2002, p. 113). Em outros termos, o modelo e a concepção indicados são capazes de evitar, no atual paradigma, que aconteça, tal qual na modernidade, a absorção da emancipação pela regulação.

Além disso, uma justiça restaurativa desestatizada e comunitária é capaz de dar amplitude e reconhecimento ao pluralismo da sociedade do século XXI. Ao lado do pluralismo político, reconhecido formalmente com bastante facilidade no Estado contemporâneo, possibilitar-se-ia o surgimento de um verdadeiro pluralismo jurídico, condizente com o paradigma da pós-modernidade. A desestatização do direito faz aproximar a Justiça do paradigma da pós-modernidade, pois “uma das expressões mais incisivas do pensamento jurídico crítico é a contestação da exclusividade do direito estatal e a defesa da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço geopolítico” (Santos, 2011, p. 115).

Tal pluralidade, conceituada por Santos como “novíssimo pluralismo jurídico”, condiz ainda com o paradigma da pós-modernidade na medida em que abarca as perspectivas de um constitucionalismo transformador (2011,

p. 116), como o é o constitucionalismo brasileiro (Streck, 2013, p. 144-145), que visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que se garanta o desenvolvimento nacional, mas que, igualmente, erradique a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, incisos I, II, III e IV, da Constituição.

CONCLUSÃO

Está-se diante de uma fase transitória, de superação do paradigma da modernidade, fundado nos pilares da regulação e da emancipação e marcado pela absorção do segundo pelo primeiro. A subjugação do pilar do conhecimento-emancipação pelo conhecimento-regulação culminou com a consideração do Direito como um dos principais responsáveis por assegurar *tout cort* a ordem exigida pelo mercado, como um verdadeiro racionalizador da vida social, ou seja, o Direito se tornou instrumental e indissociável do Estado.

Pode-se observar que o declínio do paradigma da modernidade está relacionado a uma crise do Estado e de suas instituições, trazendo uma noção de desprendimento, de não pertencimento do cidadão em face do Estado contemporâneo e de não submissão a suas instituições.

Sob as vestes do novo paradigma, urge um repensar radical sobre a ciência moderna e o direito moderno, tão radical que pode ser considerado como um “des-pensar”.

No campo do Direito, esse “des-pensar” deve permitir a vulgarização e a trivialização do Direito, abrindo caminho para um novo senso comum jurídico. Na verdade, o Direito passa a ser compreendido por meio de suas variadas formas e seus modos de juridicidade que circulam na sociedade, distinguindo-se pelo tamanho da escala com que regulam a ação social e consistindo em um modo de pluralismo jurídico, diferente daquele estudado e teorizado pela antropologia jurídica. Essa é a não de “interlegalidade” criada por Boaventura de Souza Santos, entendida como uma relação complexa entre dois direitos, dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. No paradigma da pós-modernidade, forma-se, assim, um novo senso comum jurídico, partindo de uma concepção de direito autônoma da que é produzida pelo Estado-instituição.

Essa valorização das subjetividades locais e comunais provoca a redução do encampamento do conhecimento-emancipação pelo conhecimento-regu-

lação, com a consideração do outro como sujeito de direitos, não como mero objeto, com o resgate do sentimento de empatia que dá sustentáculo à noção de solidariedade, formando-se, desse modo, uma realidade política intersubjetiva própria.

Em tempos de surgimento do novo paradigma, a justiça restaurativa deve ser utilizada como um importante mecanismo de democratização, de libertação do Direito e da comunidade.

Para tanto, porém, é necessária uma justiça restaurativa desestatizada, comunitária, que possibilite a transformação da sociedade, com o reconhecimento social dos excluídos e a criação de relações interpessoais saudáveis, fazendo preponderar visões solidárias em detrimento de percepções atomizadas sobre a vida e devolvendo o conflito à comunidade, a fim de que se lhe dê cabo em uma perspectiva pluralista.

Não se sustenta, vale pontuar, a supressão do Estado e do Direito. A justiça restaurativa comunitária é condizente tanto com a manutenção do Estado quanto a de um Direito estatizado, inclusive do Direito Penal, que poderia ser reservado aos casos realmente graves (compatibilização com o caráter fragmentário do Direito Penal) e que refletissem a lesão a um bem jurídico que suplante o interesse da comunidade local.

Uma justiça restaurativa desestatizada atenderia ao reclamo democrático de uma justiça desburocratizada, sem respostas prontas e não estigmatizante.

A proposta defendida aproxima-se, portanto, de um modelo chamado de *backup model*, na medida em que permitirá que a justiça estatal, não só o Direito Penal, atue de forma residual, ou seja, somente nos casos em que o conflito transborde os interesses comunitários e/ou que o grau de lesividade da conduta justifique a transferência da controvérsia para a jurisdição institucionalizada.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O amigo & O que é um dispositivo?* Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014.

ARENDR, Hannah. *Eichmmam em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *As origens do totalitarismo*. 5. ed. Trad. Roberto Raposo. Alfragide: Dom Quixote, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno*. Lisboa: Ed. 70, v. 2, 1990.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 2000.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DA FONSECA ROSENBLATT, Fernanda Cruz. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal & Violência*, v. 6, n. 1, p. 43-61, 2014.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na cultura*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1991.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NETO, Moysés Pinto. A matriz oculta do direito moderno: crítica do constitucionalismo contemporâneo. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n. 17, p. 131-152, 2010.

PALLAMOLLA, Rafaela de Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Universidade de Brasília, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1989.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política & teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 1999.

ZIZEK, Slavoj; GUNJEVIC, Boris. *O sofrimento de Deus: inversões do Apocalipse*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

Submissão em: 27.08.2015

Avaliado em: 15.06.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.06.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 24.11.2017

