

A Aplicabilidade do Modelo da Justiça Restaurativa a partir da Teoria do Agir Comunicativo

The Applicability of the Restorative Justice Model Based on the Theory of Communicative Action

Larissa Rosa¹

Sumário: Introdução; 1. O agir comunicativo; 2. A ação comunicativa e o modelo de justiça restaurativa; 3. Ponderações críticas; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: o objetivo deste trabalho é apresentar e discutir as condições teóricas e práticas da execução de uma política criminal pautada pelo modelo de justiça restaurativa, tendo como base a teoria do agir comunicativo desenvolvida por Jürgen Habermas. Assim, se caracteriza como um estudo de cunho essencialmente bibliográfico que analisa a aplicação dos conceitos da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, serão abordados os principais aspectos da teoria do agir comunicativo, notadamente a importância dada ao discurso e à participação dos indivíduos na solução de seus conflitos, temas que interferem no âmbito de discussão proposto. Após, serão apresentadas as linhas norteadoras da chamada justiça restaurativa, momento em que serão analisadas as principais propostas deste modelo de justiça criminal, bem como será estudada a mediação penal, ferramenta mais utilizada para efetivação do modelo restaurativo de justiça. Por fim, serão destacados os principais posicionamentos críticos a respeito da aplicação da teoria do agir comunicativo e da justiça restaurativa. Partindo da premissa de que o consenso é uma evolução na forma como se resolve o conflito penal, pretende-se verificar se existe uma compatibilidade destas propostas com uma realidade que não seja idealmente pensada. É possível concluir que o caminho para se alcançar uma participação dos sujeitos de forma livre e desimpedida é árduo, podendo esbarrar na postura daqueles que estão, de alguma forma, ligados à solução do conflito penal, e não será possível que um modelo consensual prospere enquanto a visão que temos de solução do conflito não se modificar de um enfoque punitivista para um restaurador.

Palavras-chave: Teoria do agir comunicativo; Justiça criminal; Justiça restaurativa; Formas alternativas de resolução do conflito.

Abstract: The purpose of this paper is to present and discuss the theoretical and practical requirements of executing a criminal policy guided by the model of restorative justice, based on the theory of communicative action developed by Jürgen Habermas. Thus, it is characterized as an essentially bibliographic study that analyzes the application of the concepts of that theory in the Brazilian legal system. Initially, the main aspects of this theory will be addressed, particularly the importance given to speech and participation of individuals in solving their conflicts, issues that affect the scope of the proposed discussion. After, the guiding lines of the restorative justice will be presented, at which the main proposals of this criminal justice model will be analyzed, as well as mediation, most used tool for accomplishment of the restorative justice model, will be studied. Finally, the most critical

¹ Professora do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais-UEMG, Brasil. Bacharela e Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista-UNESP, Brasil. E-mail: larissa.rosa@uemg.br

positions regarding the application of the theory of communicative action and restorative justice will be detached. Assuming that consensus is an evolution in how to solve the criminal conflict, is intended to verify if there is compatibility of these proposals with a reality that is not ideally designed. It is possible to conclude that the way to achieve a free and unimpeded participation of the subjects is tough, and may bump into the posture of those who are, in some way, linked to the solution of the criminal conflict. It will not be possible for a consensual model to prosper while our vision of conflict resolution does not change from a punitive approach to a restorative one.

Keywords: Theory of communicative action; Criminal justice; Restorative justice; Alternative forms of conflict resolution.

Introdução

Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão, que tem o seu nome associado à Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, a qual possui diversos autores, como: Adorno, Horkheimer, Marcuse e Benjamin. Existem variados nuances de pensamento dentro desta escola, contudo, uma linha de abordagem é comum entre eles: a crítica à sociedade industrial moderna.

Com o desenvolvimento industrial e com o processo de modernização, a sociedade desenvolveu a forma de racionalidade nomeada como instrumental. Essa racionalidade prima pela observância de certos meios adequados para atingir um determinado fim.

A teoria de Habermas procura superar este conceito de racionalidade instrumental a partir da ampliação do conceito de razão; busca superar as oposições simplistas entre modernidade e pós-modernidade, racionalismo e relativismo, até então empregadas. Ele propõe o desenvolvimento de uma razão que contém a solução para a própria racionalidade: a razão comunicativa.

Apoiando-se nesta teoria, que procura afastar a aplicação de um entendimento técnico para os problemas sociais, pretende-se embasar a aplicabilidade da justiça restaurativa como meio viável para a solução dos conflitos penais.

1. O Agir Comunicativo

O desenvolvimento industrial está estreitamente ligado ao progresso da ciência e da técnica. O trabalho industrial na sociedade capitalista foi o responsável por expandir os procedimentos e a racionalidade tecnicistas para outros segmentos da sociedade. O problema é que o processo de modernização trouxe a racionalização técnico-instrumental para o âmbito da ação social.

A crítica feita pelos representantes da Escola de Frankfurt é exatamente no que diz respeito à racionalidade científica aplicada às questões sociais, pois a razão que permanece neutra com relação a valores trata as questões que não podem ser resolvidas pela equação

meios-fins como irracionais e subjetivas, o que afasta do exame da razão diversas questões sociais que fogem dos aspectos de economia e eficácia dos meios.

Esses autores entendem que a ciência e a técnica representam uma forma de dominação política quando aplicadas nas ações sociais, em um paralelo com a dominação exercida pelo homem com relação à natureza.²

De forma um pouco diferente, Habermas vislumbra no trabalho uma forma do homem utilizar a ciência e a técnica para ampliar as suas possibilidades, pois o desenvolvimento humano seria pautado pelos processos históricos de desenvolvimento tecnológico, industrial e cultural. No entanto, ele se mostra contrário à penetração universal da ciência e da técnica, através de uma racionalidade científica e instrumental, em esferas de decisão em que deveria prevalecer a racionalidade comunicativa.³

A evolução do capitalismo desencadeou uma tomada de poder por parte das empresas, que passaram a intervir cada vez mais no planejamento da vida econômica, assumindo responsabilidades que sempre foram características do poder estatal. O Estado, por outro lado, passou a intervir cada vez mais na economia para satisfazer e garantir o sucesso das empreitadas empresariais. Na tentativa de equilibrar essa disfunção capitalista se desenvolveram os Estados pautados pelo bem-estar social, que procuram proporcionar aos cidadãos condições suficientes de educação, saúde, moradia e segurança.

No âmbito político, procurando aprimorar essas funções compensatórias, o Estado se enfraqueceu quanto às possibilidades de discussão dos fins sociais que garantiriam os interesses coletivos. As soluções têm buscado resolver problemas técnicos e não problemas relacionados às interações sociais, que necessitariam de um diálogo e de uma reflexão maiores. Percebe-se a evolução de um sistema burocrático, que estimula decisões técnicas para problemas sociais. Nesta forma de racionalidade, não se questiona se as normas são justas, mas se são eficazes, ou seja, se os meios são adequados para atingir os fins propostos. As decisões valorativas, baseadas em interesses globais e necessidades sociais, são cada vez mais afastadas.

Essa utilização universal da racionalidade instrumental nas decisões sociais produz um esvaziamento da ação comunicativa, o que traz novos problemas sociais – fundados no individualismo, na competição e no rendimento. É nesta linha de raciocínio que Habermas

² GONÇALVES, Maria Augusta Salin. *Teoria da ação comunicativa de Habermas*: Possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. Campinas: Revista Educação e Sociedade. v. 20, n. 66, Abril de 1999. p. 128.

³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 20-23.

propõe o resgate da racionalidade comunicativa, tendo em vista que o homem é capaz de comunicar desejos, intenções, percepções e expectativas através do diálogo.⁴

O resgate da racionalidade comunicativa em situações de interação social que tiveram suas decisões pautadas por uma racionalidade instrumental é a proposta de Habermas para a solução de diversos problemas contemporâneos. Assim, por meio da sua teoria, Habermas pretende demonstrar que os valores (verdade, justiça, liberdade) integram as argumentações desenvolvidas através da comunicação diária entre as pessoas e, portanto, a sua valoração não deveria ser afastada no momento de resolução dos conflitos. Para ele, a comunicação entre os sujeitos ocorre a partir de três mundos: o mundo objetivo da ciência das coisas, o mundo intersubjetivo da moral e do direito e o mundo subjetivo dos sentimentos e das emoções de cada indivíduo. A relação entre os mundos está presente nas interações sociais.⁵

No momento em que as pessoas se comunicam, elas retratam três tipos de pretensões de validade (juntamente com os enunciados que proferem): a pretensão de verdade, a pretensão de correção normativa e a pretensão de veracidade.⁶

Estas pretensões estão vinculadas aos mundos já mencionados. A pretensão de verdade correlaciona-se com o mundo objetivo e refere-se a enunciados descritivos que remontam à adequação do enunciado linguístico utilizado para a descrição da realidade fática. A pretensão de correção normativa correlaciona-se com o mundo intersubjetivo e refere-se a enunciados normativos (também chamados de prescritivos) que devem fazer com que a condução da ação social (e individual) corresponda com a solução apresentada normativamente para os conflitos existentes na realidade social. A pretensão de veracidade correlaciona-se com o mundo subjetivo e refere-se a enunciados expressivos que devem representar a adequação entre o que se expressa e o que se sente (sinceridade do indivíduo).

Parte-se do pressuposto de que a linguagem é o mecanismo que produz a integração social dos diversos planos de ação individual encontrados em uma sociedade. A comunicação seria essencial para que os valores (verdade, correção normativa e veracidade) sejam legítimos. Para tanto, os indivíduos deveriam utilizar uma racionalidade argumentativa através do discurso para alcançar um consenso baseado em princípios reconhecidos e validados pelo grupo, ao invés de uma racionalidade tecnicistas que considera apenas a relação meio-fim.

⁴ GONÇALVES, Maria Augusta Salin. *Teoria da ação comunicativa de Habermas*: Possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. Campinas: Revista Educação e Sociedade. v. 20, n. 66, Abril de 1999. p. 131.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 39 e ss; 80 e ss.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 144 e ss.

Assim, a ação social funciona somente quando os agentes sociais aceitam as pretensões levantadas pelos demais envolvidos. A sociedade somente funciona porque se consegue, através de mecanismos sociais, coordenar diversos planos de ação individual. Certamente, com a modernidade, e principalmente com o capitalismo, o que se tem observado é a atuação cada vez mais egoísta e individualista dos sujeitos. No entanto, de acordo com Habermas, a linguagem assume importante papel na integração social, pois permite que exista uma coordenação dos planos individuais de ação.⁷

Todavia, uma pretensão (prescrita em um enunciado normativo), inicialmente aceita, pode ser criticada por um dos envolvidos, o que gera uma potencial ameaça à integridade social, já que cada indivíduo poderia exercer o seu plano individual de ação, ignorando aquilo que se tinha estabelecido. Como forma de evitar a desintegração social, pode-se recorrer à ação instrumental (agir estratégico) ou ao discurso (agir comunicativo), ambos considerados racionais por Habermas, na medida em que podem ser fundamentados.⁸ Desta forma, entende-se que a racionalidade advém da comunicação entre sujeitos (possível através da discussão).

O agir estratégico e o agir comunicativo possuem diferenças importantes que devem ser destacadas para que se possa compreender como o desenvolvimento da teoria do agir comunicativo trouxe uma revolução na forma com que a resolução de conflitos é tratada.

O agir estratégico pressupõe um atuar sobre o outro, ou seja, as ações do indivíduo são orientadas para o seu sucesso, ele apenas utilizará o outro para atingir um fim (seu sucesso pessoal), para tanto, indicará um fim, mas desejará secretamente outro. Desta forma, interação social é representada pela influência de um sujeito sobre o outro, havendo uma distorção do processo de comunicação, pois o indivíduo pressupõe que os outros envolvidos estejam agindo comunicativamente na crença de que todos assim o façam. Nesta forma de agir, a violação das regras (que são essencialmente técnicas) representa uma intervenção fracassada, pois o fim intencionado não se realizará. Portanto, entre a regra de ação e a consequência de ação há uma relação empírica, ou seja, não há uma imputação racionalmente voluntária de uma sanção ou consequência para o descumprimento de uma regra.

O agir comunicativo, por sua vez, pressupõe um falar ou atuar com o outro, ou seja, as ações são orientadas para um entendimento, o discurso é usado como forma de expor as suas pretensões, possibilitando convencer o outro ou também ser convencido por ele, com

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 41 e 110 e ss.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 24 e ss.

a finalidade de se obter um consenso. Desta forma, a interação social é representada pela própria linguagem, havendo uma transparência entre aquilo que o falante diz e o que ele faz. Não há uma intenção diferente da própria comunicação e, por isso, os meios e os fins se identificam e serão adequados. A violação de uma regra (jurídica ou moral), no contexto do agir comunicativo, dará origem a uma sanção racional, na medida em que o comportamento conforme a norma é recompensado e o comportamento desviante é castigado.

Vislumbra-se a importância da participação dos sujeitos no desenvolver do agir comunicativo, pois devem se comportar cooperativamente, buscando a compreensão global da situação em que estão envolvidos, bem como devem buscar o entendimento mútuo, que possibilitará a formação de um consenso. O convencimento será condicionado pela “coação do melhor argumento”. O melhor argumento será aquele que melhor resistir às críticas levantadas pelos indivíduos envolvidos no discurso. Não há um estabelecimento prévio (não é algo posto), a construção do melhor argumento será realizada através da argumentação realizada pelos sujeitos.⁹

Este modelo de discurso, apontado como o almejado para a solução de conflitos, pressupõe que as condições de realização dos processos de comunicação sejam ideais, com uma ordem social que possibilitaria a comunicação dos indivíduos através do discurso para que pudessem alcançar um consenso racional (consenso que tem relação tanto com a elaboração da norma a ser seguida quanto com a solução a ser proposta diante de um conflito). A liberdade e a situação de simetria entre os indivíduos seriam pressupostos básicos para o sucesso desta teoria. Essas condições ideais podem pertencer a um plano que remete à utopia, mas, se a teoria do agir comunicativo for aplicada em situações reais e concretas, seguindo os seus parâmetros básicos de inclusão dos sujeitos e valorização do diálogo, certamente apontará caminhos para a efetivação da interação entre os indivíduos através da argumentação realizada por meio do discurso e, conseqüentemente, uma solução do conflito mais próxima do que se pode considerar ideal.

2. A Ação Comunicativa e o Modelo de Justiça Restaurativo

Nesta mesma perspectiva, a justiça restaurativa surge como uma forma de solução dos conflitos penais através do consenso e do diálogo, em um momento baseado em uma forma de ação comunicativa dos indivíduos, o que possibilita a maior participação e conscientização dos sujeitos de direitos envolvidos no conflito penal.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 40.

O modelo dissuasório clássico propõe que a pena deve possuir finalidade meramente retributiva, ou seja, a repressão do delito perpetrado e a prevenção de outros delitos devem ser conquistadas pela punição realizada pelo Estado. Diante disso, em regra, não se admite a flexibilização da punição.¹⁰

Neste modelo, a análise do ato delituoso baseia-se em uma visão de que se trata de uma transgressão das leis impostas pela legislação vigente, o que demanda uma punição. Não há essencialmente uma ponderação com relação ao contexto e à complexidade de fenômenos que envolvem a situação do delito. Os danos são definidos em abstrato, o que muitas vezes ocasiona a injustiça de tratar os desiguais de forma idêntica. É neste sentido a crítica de Howard Zehr¹¹:

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.

Percebe-se que isso reflete uma forma instrumental de lidar com a solução do delito. O que se busca é retribuir o mal causado, ou seja, procura-se distribuir objetivamente a culpa pelo delito e punir o infrator. As partes terão o mínimo de contato possível umas com as outras, garantindo-se com o processo que as partes assumam 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 (notadamente quanto à prevenção), desenvolve-se o modelo consensual de resolução dos conflitos. Este modelo, de forma diametralmente oposta ao modelo dissuasório clássico, propõe a flexibilização da resposta para o delito. O acordo (tratado aqui de forma ampla) é a forma almejada para a solução do conflito penal.

São várias as ferramentas utilizadas para alcançar a resolução consensual, no entanto, faz-se necessário o recorte para abordar a principal ferramenta utilizada pela justiça restaurativa, tema objeto deste trabalho. Para tanto, serão abordados os principais aspectos da mediação penal.

¹⁰ MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5). p. 408 e ss.

¹¹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 76.

A mediação entre a vítima e o ofensor (VOM – Victim-Offender Mediation) é a principal ferramenta para a efetivação da justiça restaurativa. Consiste em um encontro entre a vítima e o ofensor, momento em que terão a oportunidade de dialogar, com o auxílio de um mediador, com a finalidade de chegar a um acordo reparador.

Esta prática é muito comum nos Estados Unidos e no Canadá e, inicialmente, foi pensada para delitos de menor complexidade, normalmente de cunho patrimonial. Todavia, conforme relata Tatiana Tiago¹², alguns resultados relevantes têm sido observados diante da sua aplicação para delitos mais graves e violentos. Usualmente, é aplicada de forma complementar ao processo punitivo tradicional, atuando como instrumento de aproximação entre a vítima e o ofensor, garantindo uma melhor reparação do dano e a solução do conflito existente entre as partes, mas sem substituir a punição imposta pela legislação.

A mediação penal pode ocorrer em diversos momentos do processo, sendo mais comum que ocorra o quanto antes possível, a fim de se evitar uma desnecessária estigmatização dos sujeitos e também para evitar que estes indivíduos se armem com a postura adversarial característica do procedimento penal tradicional, o que dificultaria o sucesso da resolução do conflito através do diálogo. A flexibilidade quanto ao procedimento de mediação é pressuposto para o sucesso da técnica, pois somente a partir do caso concreto é que o mediador poderá traçar os planos para melhor forma de conduzir e reaproximar as partes. Deverão ser ponderadas a gravidade e as condições em que o delito ocorreu, bem como as consequências e estigmas suportados pela vítima e pelo ofensor. Percebe-se que as peculiaridades que não foram abarcadas pela legislação em abstrato poderão (deverão) ser relevadas.

As pesquisas têm apontado que as vítimas e os ofensores que participaram de processos de mediação mostraram-se satisfeitos tanto com as etapas e a condução do procedimento quanto com os resultados obtidos. Em relação aos ofensores, o que se reporta é a diminuição no índice de reincidência e o maior cumprimento das obrigações de restituição instituídas nos acordos.¹³

O modelo da justiça restaurativa traz como foco a participação dos indivíduos na solução do conflito penal e propõe que se busque a solução do conflito e não apenas a mera punição daquele que for considerado culpado. Vislumbra-se que as necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade devem ser perseguidas e que o diálogo é uma excelente forma

¹² TIAGO, Tatiana Sandy. *Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal*. In: Estudos de arbitragem, mediação e negociação. Vol 4. André Gomma de Azevedo, Ivan Machado Barbosa (orgs.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

¹³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 111-112.

de se buscar a efetivação destes interesses, já que as partes terão o poder de expressar aquilo que acreditam ser o necessário para a resolução do conflito existente.

Neste sentido, Leonardo Sica¹⁴ ensina que a mediação penal

Confere às partes poder sobre a marcha do processo, sobre as regras de debate e sobre a forma que tomará o procedimento de discussão do seu problema, que é uma reivindicação notada em diversas pesquisas acerca da insatisfação das vítimas com a justiça penal: ter algum poder sobre o desenvolvimento do método de resolução do conflito que as atingiu.

As peculiaridades de cada caso concreto são consideradas essenciais para que se alcance o sucesso das técnicas de resolução consensual. Cada forma de agressão irá repercutir de forma diferente para cada vítima, bem como será motivada a partir de cada contexto em que se encontra o indivíduo infrator. Até por isso, a análise global dos acontecimentos que deram origem ao conflito penal e a ponderação das consequências deste episódio são imprescindíveis para estipular a reparação e a responsabilização necessárias para um caso concreto.

É bem verdade que os delitos geram dívidas e obrigações, mas é possível que a culpa possa ser redimida pelo arrependimento e pela reparação. É neste sentido que a justiça restaurativa propõe o empoderamento das partes, a fim de que elas possam ter a oportunidade de se expressar. A vítima poderá relatar o mal que lhe foi causado pelo delito e qual reparação (material, psicológica ou simbólica) consideraria satisfatória por parte do infrator. O infrator, por sua vez, poderá reconstruir o cenário (social, político e econômico) que se encontrava e que possa ter influenciado sua ação e poderá, ainda, assumir sua responsabilidade, através do compromisso em reparar a vítima.

O Estado atua na medida em que proporciona as condições estruturais de um ambiente físico seguro onde se possa realizar os encontros em que ocorrerá o diálogo entre as partes envolvidas no conflito. O Estado também terá a responsabilidade de fornecer o pessoal treinado para atuar na mediação desta comunicação entre os sujeitos, pois a resolução de um conflito penal é certamente mais complexa do que a resolução de um conflito civil.

Este é um ponto extremamente importante, pois no âmbito jurídico-penal é preciso que se estabeleça uma participação estatal, notadamente naquilo que se determina como garantia mínima das partes. Ainda que o procedimento das técnicas consensuais procure ser distinto daquele proposto pelo modelo punitivo tradicional (conhecido por sua rigidez procedimental), a flexibilidade do modelo restaurativo não pode ser completamente livre

¹⁴ SICA, Leonardo. *Mediação penal*. In: *Mediação e conciliação*. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014. p. 100.

para que o devido processo legal seja garantido para os participantes. Dito de outra forma, é preciso que as técnicas existentes estejam previstas e que sejam previamente explicadas para os indivíduos e acolhidas por eles, principalmente para que eles possam optar por esta forma de resolução com o máximo de conhecimento e de liberdade que for possível.

Em todo o mundo, as ferramentas de resolução consensual são facultativas, isso porque as partes devem desejar alcançar um consenso. Ora, o agir comunicativo somente funciona se as partes se despirem de uma postura adversarial e assumirem a condição de sujeitos ativos na persecução de um resultado satisfatório para ambas. E, mais do que isso, as partes devem estar predispostas a ouvir o que o outro tem a dizer, devem argumentar para convencer, mas também devem escutar para serem convencidas. Somente desta forma será possível que o infrator e a vítima possam chegar a um consenso daquilo que será uma forma de efetivamente resolver o conflito existente. A reparação será aquela adequada para a vítima e para o ofensor, pois ambos tiveram a oportunidade de conhecer o outro lado da história e construíram aquilo que consideram como solução satisfatória para o conflito.

Isso parece ser extremamente compatível com os ideais da teoria de Habermas, pois, conforme já destacado, este teórico vislumbra que o indivíduo possa retomar o seu papel de sujeito justamente através do diálogo, afinal, o ser humano não reage somente a estímulos do meio, mas atribui sentidos as suas ações e, graças à linguagem, tem a capacidade de comunicar suas percepções, intenções e expectativas. Isso não deveria ser diferente quando pensamos na solução de um conflito do âmbito penal. Todavia, conforme será exposto a seguir, algumas críticas surgem para questionar a aplicação desta visão dialogal e construtiva no âmbito do processo penal.

3. Ponderações Críticas

A aplicação das teorias do agir comunicativo e da justiça restaurativa pode encontrar resistência no âmbito da justiça criminal.

Marcelo Galuppo destaca que a teoria habermasiana refere-se a uma comunidade ideal de comunicação, onde não haveria violência ou ideologias e todos envolvidos participariam livremente e diretamente na formação do consenso. O autor questiona se, em uma comunidade com um sistema real de comunicação, seria possível essa liberdade de participação dos envolvidos. Ele acredita que as ideologias estejam presentes no nosso cotidiano e que não permitiriam uma produção livre do convencimento, mas representariam

uma forma de colonização da esfera prática atribuída à ação comunicativa pelo agir estratégico.¹⁵

Da mesma forma, o professor Fernando Fernandes aponta que a situação ideal em que se daria o agir comunicativo proposto por Habermas pressupõe que os papéis dos participantes sejam simetricamente distribuídos e que o consenso deveria ser o resultado de um diálogo isento de coação.¹⁶

Essa tensão entre a comunidade ideal e a comunidade real de comunicação apontada pelos referidos autores é realmente um fator que deve ser analisado. A potencialidade de participação livre em uma sociedade em que ainda existe uma disparidade (social e econômica) imensa entre os setores da sociedade é fato que, a princípio, parece ser de difícil aceitação. No entanto, analisando que a teoria de Habermas possui, além da função descritiva, uma função prescritiva para a evolução da sociedade no sentido de um ideal de comunicação, isso não seria totalmente inaplicável se for implementado o modelo de justiça restaurativa.

A participação do cidadão se daria de duas formas: primeiro na elaboração das normas, através de representantes eleitos de forma democrática, os quais deveriam defender os interesses dos seus eleitores, e através da participação na efetiva solução dos conflitos no âmbito Judiciário, participando naqueles momentos em que o consenso poderá ser formado pelas partes e trará a solução para o caso concreto.

Também para a efetivação do modelo restaurativo de justiça criminal, todos os participantes do discurso devem ter as mesmas oportunidades de participação, através de intervenções, perguntas e respostas, mas têm também o direito de expor os seus argumentos, de expressar sentimentos e desejos, de se comprometer com uma forma de responsabilização e problematizar aquilo que for apresentado.

Certamente, é inevitável pensar que a sociedade deve evoluir nos âmbitos cultural e educacional, a fim de se possibilitar uma perfeita compreensão daquele que está diante de uma oportunidade de participação na construção de um consenso. Qualquer outra hipótese representaria uma forma de dominação e transformaria o agir comunicativo em uma máscara que acoberta um verdadeiro agir estratégico por parte daquele que está em uma situação de entendimento superior ao outro e se vale disso.

Conforme destaca o professor Fernando Fernandes, a adoção de um modelo processual penal pautado pelo consenso não é uma simples modificação técnica, facilmente

¹⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p. 140.

¹⁶ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 146-147.

compreendida e alcançada, mas pressupõe uma alteração filosófica na forma como entendemos o processo penal.¹⁷

Neste sentido, a adoção de um modelo consensual (como o restaurativo) deve encontrar ferramentas e princípios que valorizem a participação das partes, a ressocialização (acompanhada de uma menor estigmatização dos criminosos e das vítimas), a reparação de danos e a menor formalidade processual. Não é possível que se enxergue as soluções consensuais como simples formas de desafogar o serviço judicial. A redução das formalidades certamente trará uma agilidade para os procedimentos, no entanto, a pressa desordenada seria sinônimo de violação de garantias (como a ampla defesa e o devido processo legal) que não devem ser desrespeitadas e que não são abandonadas com a adoção de um modelo consensual de resolução dos conflitos. É preciso encontrar um equilíbrio entre a diminuição das formalidades, que será um passo no sentido de alcançar uma maior eficiência na resposta aos delitos, e a manutenção prática das garantias previstas legalmente, que geram uma legitimação do sistema proposto.

Neste sentido, Nicolás García defende o cuidado que se deve ter para adoção das ferramentas que permitem o diálogo entre as partes: “[...] en unos momentos donde la Administración de la Justicia está en crisis y donde se reclama mayor rapidez y la efectividad del principio de economía procesal sin que al mismo tiempo se produzca una disminución de las garantías.”¹⁸

A aplicação da teoria do agir comunicativo aparentemente encontra no processo um ambiente propício para se desenvolver, na medida em que existe uma natural postura dialética, havendo uma situação linguística ideal para prosperar a solução consensual, a partir da interação entre os participantes e também entre o tribunal e os participantes.

No entanto, professor Fernando Fernandes ressalta que a substituição da verdade material pela verdade consensual no processo penal é um tanto perigosa, pois há o direito do acusado a ser respeitado, inclusive o seu direito ao silêncio; além disso, não se poderia esquecer a necessária intervenção do Estado na resolução do conflito penal (a fim de garantir aquilo que se costuma definir como interesse público), o que impediria a formação de uma verdade consensual entre as partes, obtida tão somente através de um discurso efetivado entre elas. Assim, a verdade no processo penal deveria ser buscada através da produção de provas estruturadas a partir de uma sequência de atos previstos em lei. Por fim, relembra que

¹⁷ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 141.

¹⁸ GARCIA, Nicolás Rodríguez. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1997. p. 28.

a pena prevista para aquele que for condenado por um determinado delito não depende da aceitação deste para a sua efetivação, o que impede que o debate judicial possa ser visto como um verdadeiro discurso.¹⁹

A necessária atuação do Estado não deveria impedir a concretização de medidas de solução consensual no âmbito criminal, pois é possível que se encontre um equilíbrio entre a punição e o consenso. A mediação é um bom exemplo de ferramenta que está entre a não intervenção e a punição. O ofensor tem a possibilidade de responder pelos danos causados pela sua conduta sem que sejam automaticamente acionados os mecanismos punitivos.

Nesta linha de raciocínio, Leonardo Sica²⁰ entende 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 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.

É possível dizer que a mediação afeta diretamente a necessidade de pena, já que a solução negociada poderá ser suficiente para suprir as finalidades de reprobção e prevenção, o que, teoricamente, autorizaria o Judiciário a prolatar uma decisão de renúncia. Para que isso ocorra, o juiz poderá ter o papel de verificar se o acordo é proporcional e razoável.

As ponderações críticas aventadas contribuem para que se possa fazer uma investigação mais aprofundada e enfrentar, desde logo, pontos polêmicos que devem ser estudados na intenção de buscar uma proposta que seja efetivamente compatível com a realidade. Certamente, outros questionamentos surgirão e contribuirão para o diálogo, o que considero ser a porta para a evolução em qualquer ramo do conhecimento.

Considerações Finais

Muitas podem ser as críticas à teoria do agir comunicativo e ao modelo da justiça restaurativa, no entanto, parecem também ser muitas as contribuições que ambas podem trazer para a evolução da justiça criminal. A individualização do tratamento dos casos e a atenção aos sujeitos envolvidos parece ser o caminho mais promissor para o direito penal e processual penal.

¹⁹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 148-150.

²⁰ SICA, Leonardo. *Mediação penal*. In: *Mediação e conciliação*. São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXXIV, nº 123, Agosto de 2014. p. 98.

A capacidade do ser humano resolver os conflitos penais que têm origem na violação de normas penais é invariavelmente questionada, mas penso ser importante que todos percebam a importância do diálogo, que é a forma com a qual temos que lidar com vários problemas diários e que também deveria ser a forma pela qual tratamos a solução de delitos.

Dentro da esfera penal, alguns obstáculos se colocam para que as partes retomem o poder de solucionar o seu próprio conflito, geralmente em resguardo ao que se chama de interesse público; todavia, diante do insucesso que se tem observado mundialmente para a solução dos conflitos através de medidas que punem rigidamente os culpados e alienam as partes, parece que vale a tentativa de guiar o processo penal para um caminho que priorize as estruturas de valorização da comunicação entre os diferentes sujeitos. O esgotamento do modelo vigente, por si só, já justificaria a construção de um novo.

Conforme as pesquisas referidas no decorrer do texto, temos resultados que nos fazem acreditar que a implementação da justiça restaurativa é possível, pois tem gerado índices menores de reincidência e maior comunicação entre os sujeitos envolvidos no conflito penal, o que já sugere um sucesso maior deste modelo do que o sistema punitivo tradicional.

Por fim, é possível dizer que a aplicação da justiça restaurativa esbarrara essencialmente na postura daqueles que estão, de alguma forma, ligados à solução do conflito penal (juiz, promotor, advogado, mediador, vítima, ofensor, comunidade). Não será possível que um modelo consensual prospere enquanto a visão que temos de solução do conflito não se modificar. É preciso “trocar as lentes”²¹ e aceitar que a busca pela punição tem negligenciado os interesses da vítima e do ofensor e tem fracassado na sua função declarada de responsabilizar os acusados e coibir o crime. Diante desta realidade, temos que buscar outras perspectivas para tentar tornar mais eficazes as políticas criminais do sistema brasileiro.

Referências Bibliográficas

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

GARCIA, Nicolás Rodríguez. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1997.

²¹ A “troca de lentes” é expressão consagrada pelo autor Howard Zehr, pioneiro no campo da Justiça Restaurativa, e representa a necessária mudança de foco sobre o crime, a fim de que novos resultados possam efetivamente ser observados pelos modelos de justiça criminal adotados.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. *Teoria da ação comunicativa de Habermas*: Possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. Campinas: Revista Educação e Sociedade. v. 20, n. 66, Abril de 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1998.

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.

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.

TIAGO, Tatiana Sandy. *Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal*. In: Estudos de arbitragem, mediação e negociação. Vol 4. André Gomma de Azevedo, Ivan Machado Barbosa (orgs.) - Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.