

JUSTIÇA RESTAURATIVA: SUA LEGITIMAÇÃO PELO CONCEITO DE PODER EM FOUCAULT

RESTORATIVE JUSTICE: ITS LEGITIMATION BY THE CONCEPT OF POWER IN FOUCAULT

Ana Carla Pinheiro Freitas

Doutora em Direito pela PUC-SP. Psicóloga pela PUC-SP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da UNIFOR. Pesquisadora do REPJAL/UNIFOR.

Victor Marcilio Pompeu

Doutorando em Direito pela UNIFOR.
Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação da UNIFOR.

Submetido em: 18/03/2018

Aprovado em: 26/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5696>

Resumo: O conceito de poder na Modernidade sofreu grandes transformações desde Maquiavel, Hobbes, Locke, Rousseau até chegar em Foucault. Tem, de início, um viés impositivo, não-relacional e abstrato, nos autores antes citados. Alcança uma medida material no pensamento de Foucault. Para este, o poder é fruto da própria dinâmica das relações interpessoais. As verdadeiras relações de poder estão imiscuídas no agir cotidiano. Ele é escalonado e inclui todos os indivíduos como sujeitos de uma parcela de poder, mesmo que estejam sujeitados a um modelo de poder que rege determinado lugar e momento históricos. Qualquer tentativa do Estado de deter e regulamentar, por completo, os vínculos de empoderamento presentes na sociedade serão inadequadas. A Justiça Restaurativa configura meio alternativo adequado para a resolução de conflitos penais em uma sociedade caracterizada pelo temor, como o Brasil, diante da fragilidade e ineficiência do sistema estatal punitivo. Através dela, a coletividade participa de forma ativa no processo de retribuição, reintegração e ressocialização do infrator, haja vista ocorrer uma transposição de parte dos poderes proveniente do Estado (*jus puniendi*) para aqueles envolvidas no litígio penal. Assim sendo, as partes interessadas, subsidiadas pela comunidade, podem transigir sobre as causas e consequências do litígio, envolvendo todos os interessados em um processo dialético em prol da própria restauração social. A metodologia utilizada é exploratória bibliográfica.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; Legitimação; Conceito de poder; Foucault.

Abstract: *The concept of power in Modernity has changed considerably since Machiavelli, Hobbes, Rousseau to get Foucault. It has, at first, a descriptive bias, abstract, the authors mentioned before. Reaches a material measure in Foucault's thought. For this, the power is the result of the dynamics of interpersonal relationships. The real power relations are meddling in their daily routine. It is scaled and includes all individuals as subjects of a share of power, even if at the same time subjected to a model of power that governs certain place and historical moment. Any attempt by the state to hold and regulate, completely, the empowerment of links present in society are inadequate. Restorative justice sets suitable alternative means for resolving criminal conflicts in a society of fear, like Brazil, given the weakness and inefficiency of the punitive state system. Through it, the community is actively involved in the return process, reintegration and rehabilitation of the offender, given there is a part of implementation of the powers from the State (jus puniendi) for those involved in criminal litigation. Therefore, stakeholders, subsidized by the community, can settle on the causes and consequences of litigation, involving all stakeholders in a dialectical process in favor of the own social restoration. The methodology used is exploratory literature.*

Keywords: *Restorative Justice; Legitimation; Concept of power; Foucault.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma breve cronologia acerca dos discursos sobre o poder na modernidade. 3. A teoria do poder em Michel Foucault: da justiça punitiva à justiça restaurativa. 4. O exercício democrático do poder pela justiça restaurativa. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em contraposição à justiça punitiva, que põe exclusivamente nas mãos do Estado a decisão acerca das consequências do crime, a justiça restaurativa ocorre por meio de um processo colaborativo, envolvendo um mediador – entendido o termo em sentido amplo - e a participação do(s) infrator(es) e da(s) vítima(s).

Ocorre que, tendo como principal bem tutelado a liberdade, o Direito Penal preza pela segurança jurídica em sua instância máxima, ou seja, alicerça-se no princípio da legalidade restrita. Assim sendo, as formas alternativas de solução de conflitos, como a justiça restaurativa, têm de construir seu espaço mostrando-se como possibilidade eficaz de pacificação social, ao lado da justiça punitiva.

O aumento da violência, da perspectiva quantitativa e da complexidade dos litígios penais que surgem na sociedade contemporânea globalizada e virtual, exige do Estado e da coletividade um posicionamento e uma forma de participação ativa e direcionada. Imprescindível que os direitos e valores sociais se imponham e ratifiquem sua legitimidade diante da ameaça real ao retorno a um estado de barbárie baseado em posturas autoritárias e intempestivas, pelo o que se pode chamar de poder paralelo, o qual se impõe e faz as vezes do Estado legítimo, especialmente no cotidiano das grandes cidades brasileiras.

A justiça restaurativa implica em uma forma democrática de exercício do poder, porque se perfaz diluída entre as partes ou entre infrator e vítima, em

vez da expressão de poder que se localiza exclusivamente nas mãos do Estado. É como se ocorresse uma divisão do poder, em que uma parcela sua é exercida pelo Estado - a pena continuaria a ser aplicada - e outra parcela do poder é entregue às partes, no intuito de uma “restauração” máxima possível ao *status quo ante* à prática do delito.

Diz-se que o conceito de poder em Foucault legitima a justiça restaurativa, na medida em que o referido autor concebe uma definição própria para o conceito de poder. Defende que ele não se encontra estacionado nas mãos do Estado. É exercido por cada indivíduo em todas as esferas sociais, nas relações interpessoais, mesmo que estes não tenham consciência disso. As pessoas são induzidas ou, utilizando um termo do vocabulário de Foucault, são “disciplinadas” pela lógica das “instituições totais”, outro conceito amplamente utilizado pelo autor, a pensar que não são detentoras de nenhum poder, que este é exercido unicamente por aqueles que se encontram nos escalões mais altos das funções estatais.

No entanto, a concepção da “microfísica do poder” “em defesa da sociedade”, Foucault aponta que o poder se encontra desde sempre já disperso e não concentrado nas mãos do Estado. O cotidiano da vida social implica, por si só, na divisão de poder - em maior ou menor escala - entre os membros da própria comunidade. A referida divisão de poder pode se tornar mais justa na medida em que as pessoas “tomam posse do que lhes pertence”, ampliem o comando relativamente a suas próprias vidas e à vida em sociedade, sem reproduzir as falhas do poder opressor formalmente legitimado.

O exercício restaurativo da justiça implica na “solução” do caso concreto ao abranger todos aqueles efetivamente envolvidos de forma direta, e não somente indireta, ou seja, pela via da mediação formal do Estado. A justiça restaurativa proporciona a “construção de sentido” nas relações interpessoais e sociais. Ela não implica apenas em um direito das partes, especialmente da vítima, tendo em vista a realização da justiça efetiva. Ela implica, igualmente, no dever do ofendido ou de uma coletividade específica de se envolver na resolução do ilícito que lhe diz respeito.

O estudo se inicia com uma breve cronologia acerca de alguns discursos sobre o poder, tendo em vista construir uma base para se apontar, em seguida, como os referidos discursos influenciam a construção da ideologia que impregna a chamada “justiça punitiva”, assim como a ideia de poder em Foucault possibilita a legitimação da “justiça restaurativa”. Por fim, abordar-se-á o elo entre a prática restaurativa da solução de conflitos e o exercício democrático do poder.

Para a realização do presente estudo, utilizar-se-á bibliografia multidisciplinar exploratória, assim como o procedimento indutivo tendo em vista conduzir o leitor ao entendimento da ideia proposta no título.

2 UMA BREVE CRONOLOGIA ACERCA DOS DISCURSOS SOBRE O PODER NA MODERNIDADE

De acordo com a etimologia da palavra, “poder” deriva do latim *potere*, passando a ser chamada, posteriormente, também, de *possum*, *potes* e *posse*. A palavra “poder” pode ser usada em diferentes conotações e áreas do conhecimento cada vez mais específicas, com o advento da Modernidade e, especialmente, da chamada Pós-modernidade: poder social, poder econômico, poder militar, poder político etc.

Em seu sentido usual, significa possuir força física ou moral, ter influência, ter autoridade. Ter o direito de deliberar, agir, mandar. Assim temos que “poder” é um termo que traz a ideia de controle, persuasão e sujeição. Em contrapartida, em uma perspectiva filosófica, segundo Blackburn (1997), o vocábulo poder significa a capacidade de conseguir que algo se efetive, seja por direito, por controle ou por influência. O poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter certo resultado.

Sob a perspectiva sociológica (DIAS, 2008), “poder” é definido como a habilidade que o homem possui de impor a sua vontade sobre a dos demais, independentemente de haver qualquer resistência por parte destes. Para Max Weber (1999): “Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.

Em linguagem da Ciência Política e do Direito encontramos, ainda, uma diversidade de expressões relacionadas a ele, tais como “poder constituinte”, “poder coercitivo”, “poder legislativo”, dentre outras, possuindo elas um fim relacionado à manutenção da ordem, à garantia de defesa e à promoção do bem-estar da sociedade.

Além das diferentes definições de poder, oriundas de diversas áreas do conhecimento, muito já se escreveu acerca do conceito de “poder”. No presente contexto, o tema é revisitado por meio de alguns discursos a seu respeito, tendo em vista realizar uma breve viagem no terreno de alguns conceitos que norteiam o termo e que se destacam no mundo ocidental. A chamada modernidade é o ponto de partida e de chegada. Isso porque é nesse período histórico que o conceito de poder é expressamente reivindicado para legitimar o Estado e que nascem clássicas teorias acerca de sua origem.

Diz-se aqui clássico no sentido atribuído ao termo por Pierre Bourdieu em sua teoria do *habitus* (BOURDIEU, 1980). Para este autor, as abordagens clássicas se contrapõem às “tradicionais”, na medida em que estas comportam apenas uma

repetição ao passo que a visão “clássica” importa em uma atualização constante e significativa das instituições ou ideias dos autores assim designados.

Alguns dos principais conceitos de poder estão intimamente ligados ao próprio nascimento do Estado Moderno, vez que estes fundamentam-se e compõem-se mutuamente. Importantes filósofos e cientistas políticos modernos ajudaram a construir esses conceitos. Em ordem cronológica, destacam-se, dentre outros, Maquiavel, Hobbes, Locke, Rousseau e Bobbio.

Maquiavel, primeiro clássico da modernidade e de suas agruras políticas, concebeu um manual pragmático aos regentes com o objetivo de viabilizar a manutenção do poder. Com sua obra “O Príncipe”, tornou-se tão conhecido que sua fama chegou ao “senso comum” e a partir dele criou-se o adjetivo “maquiavélico”, utilizado até os dias de hoje, no sentido de busca inescrupulosa pelo poder. Chama-se atenção para o fato de que, na verdade, Maquiavel não criou o “mau poder”, ou a sua busca inescrupulosa, ele apenas o descreveu e atualizou na sociedade em que viveu e nas que o precederam.

Em sua obra, Maquiavel traz, de maneira lúcida, um contraponto ao paradigma de pensamento dominante, no sentido de que o homem seria um ser pacífico e sociável, presente desde a antiguidade: Aristóteles já afirmava que o homem é um “animal político” por natureza. Para Maquiavel, o homem seria um animal político ambicioso e dominado por interesses, sendo dirigido por desejos inesgotáveis (HERB, 2016). Essa visão de homem, egoísta e narcisista, foi seguida por vários pensadores posteriores a Maquiavel, como Hobbes (2006), Nietzsche (2015) e Freud (1999). Inclusive o termo “narcisismo” se torna em um dos principais conceitos da psicanálise.

Conforme sobredito, Maquiavel realiza um juízo de valor pragmático sobre os homens em geral, observa seu comportamento e projeta sobre eles adjetivos a respeito de seu caráter, com o fito de lhes antever comportamentos e, assim, viabilizar uma forma de manutenção da sociedade: “pode-se dizer, em geral, dos seres humanos que eles são ingratos, inconstantes, falsos, hipócritas, temerosos e gananciosos” (MAQUIAVEL, 2011, p.112).

As ideias de Maquiavel fugiam do modelo ideal de sociedade e foram fundamentais para a solidificação das primeiras teorias de outro grupo de pensadores também essenciais à construção do Estado Moderno e de sua “teoria de poder”, os chamados “contratualistas” (BOBBIO, 2010, 272-283). Esses pensadores defendiam a existência de uma espécie de cessão de direitos coletiva dentro da sociedade, a respaldar a manutenção do Estado enquanto ente máximo e protetor. De acordo com essa linha de pensamento, os homens viviam num estado de natureza, livres, desorganizados, regidos exclusivamente pelas leis naturais e

pelas determinações divinas. A partir de um determinado momento, no entanto, conscientizam-se que seria necessário ceder parte de suas liberdades, em prol da manutenção coletiva.

Tal Estado de Natureza viria a ser substituído pela sociedade civil, mediante um contrato social. O referido contrato seria imprescindível, já que os homens, apesar de deterem direitos naturais de liberdade e de propriedade, necessitavam de um governo. Deste modo seria fundamental centralizar a soberania em uma única instituição e em uma única pessoa, o que evitaria embates ao poderio do Estado. Àqueles que lesionassem o referido poder do Estado deveriam ser aplicadas sanções, tendo em vista o restabelecimento da ordem, assim como a prevenção relativamente a novos ataques. Eis o surgimento teórico do poder punitivo do Estado.

Nesse contexto, assim como Maquiavel, outro grande cético da natureza humana foi o filósofo Thomas Hobbes que, em suas obras, especialmente no “Leviatã” (HOBBS, 2006), buscou demonstrar a base filosófica do poder, justificando-o a partir do livre arbítrio de cada pessoa. Hobbes corrobora a ideia de estado de natureza, deixando claro seu modo de pensar, no sentido de que a humanidade vivera em plena desarmonia estando, portanto, fadada ao insucesso, pois, enquanto sujeitos de plena liberdade e de pleno poder, os homens conduzem uma luta incessante e permanente pela sobrevivência e reconhecimento onde não há vencedores, já que “se todos possuem o poder igual, então ele não significa nada” (HOBBS, 1993, p.284).

Nessa situação de “guerra de todos contra todos”, Hobbes defende que a única solução possível para estabelecer a harmonia e a paz entre os homens seria a adesão ao contrato social, no qual todos os indivíduos concordam em abdicarem de seu poder individual e depositar nas mãos de um soberano o monopólio de todo o poder (HOBBS, 1993, 331): “Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente ao renunciarem ao seu, reforçam o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles”.

Para Locke, em contrapartida, o Estado surge com o fito de garantir a boa vida que o indivíduo já tem no estado de natureza, haja vista acreditar que nesse estado o homem não era um ser mau, sendo, ao contrário, detentor de princípios que giravam em torno da preservação da espécie. O processo de criação do Estado pressupõe a cessão dos direitos dos indivíduos, ou seja, o indivíduo é o titular dos seus direitos naturais, mas, temporariamente, o estado age em seu nome. Diferentemente de Hobbes, Locke contesta o Leviatã por meio da lei natural e da teologia, buscando, principalmente, limitar a soberania do poder estatal, por meio da separação de poderes, a fim de garantir a liberdade individual do cidadão.

Desse modo, no que diz respeito ao pacto estabelecido entre governantes e governados, diferentemente de Hobbes que defende a ideia do Estado absolutista, detentor de todo o poder advindo do povo, Locke prega a ideia de que a abertura de direito não é absoluta, em verdade, “os homens abrem mão dos seus direitos o mínimo possível, apenas naqueles aspectos que são essenciais para se manter a ordem e a segurança de todos, como bom liberal que é” (ARAUJO; COSTA; MELO, 2011, p.216).

Rousseau resgata a visão positiva de homem. Fundamenta em sua obra que o ser humano é essencialmente bom (*bon sauvage*), porém a sociedade o corrompe. A propriedade privada é também assunto primordial de seu pensamento, afirmando ser dela que provêm todos os males da sociedade. Defende que desde o momento em que o homem teve a necessidade do auxílio do outro, percebendo a utilidade do estoque de provisões, desaparece a igualdade e a propriedade torna-se real e necessária (NASCIMENTO, 1991). Segundo Rousseau, a ausência da propriedade privada resultaria em uma sociedade sem conflitos, de modo que os homens viveriam em liberdade no seu estado natural. Propôs o que chamou de “Contrato Social” onde, em prol da manutenção da sociedade, todos alienariam parte de suas liberdades individuais e somente poderiam ser verdadeiramente livres ao potencializar e legitimar a definição do Estado, até porque a vontade geral não pode errar (ROUSSEAU, 2009, p.41-42).

Sob as perspectivas da visão de homem como “mau”, especialmente em Hobbes, como “bom”, especialmente em Rousseau, e sob o *quantum* de poder sobre si mesmos os indivíduos estavam dispostos a conferir ao Estado, germinou-se o debate do nascimento e dos limites objetivos e subjetivos do Estado. A modernidade teve por definição um poder em que o Estado é uma organização social soberana, detentora legal de todo o poderio administrativo e legislativo, em um determinado território, dotado de força coercitiva interna e soberania externa. A chamada pós-modernidade atribui uma nova dimensão ao poder do Estado, com o surgimento da chamada “globalização” e a elasticidade do conceito de soberania.

Bobbio reconhece os limites do Estado, assim como a crescente “ascensão dos indivíduos ao poder”, especialmente com o surgimento das gerações de direitos, sacramentada na Revolução Francesa. Primeiramente, os direitos individuais são garantidos. Após a Segunda Guerra Mundial os direitos sociais recebem impulso e na segunda metade do século XX e início do século XXI os chamados direitos da fraternidade tentam se impor, em um mundo cada vez mais sem fronteiras territoriais (BONAVIDES, 2015). Como bem afirma o autor, os componentes do Estado passam a se firmar cada vez mais como cidadãos detentores de direitos, não mais como súditos (BOBBIO, 1992, p.4).

3 A TEORIA DO PODER EM MICHEL FOUCAULT: DA JUSTIÇA PUNITIVA À JUSTIÇA RESTAURATIVA

As teorias acerca do contrato social, antes abordadas, diferenciam-se umas das outras na medida e na forma com que estendem e diminuem o âmbito de mando do Estado. O caminho percorrido pelos discursos acerca do poder na Modernidade ocidental auxiliam a traçar um itinerário tendo em vista o que se pode chamar de passagem do poder punitivo ao poder disciplinar. Em paralelo, permitem que se passe de uma etapa a outra no âmbito da lógica do poder disciplinar até se chegar ao foco do presente artigo, ou seja, ao que se pode chamar de poder participativo, compartilhado, por meio do exercício da justiça restaurativa.

No livro “Vigiar e punir”, *Surveiller et punir* (FOUCAULT, 1993), assim como na “História da loucura”, *Histoire de la folie* (1972), dentre outras obras de Foucault, o autor aponta o caminho histórico que vai do poder punitivo ao poder disciplinar. Em “Vigiar e punir” tem-se a passagem da forma impositiva e despótica de poder do Estado ao poder formalmente representativo, por meio das leis ditas democráticas. Na “História da loucura”, Foucault aponta igualmente a passagem da lepra à loucura como principais mazelas da sociedade e do refinamento ou humanização do tratamento desta que, legitimado pela ciência, legitima-se igualmente perante a sociedade.

Foucault criou um novo modo de pensar o poder. Pode-se dizer que ele criou uma nova espécie referente ao gênero “poder”. Ele parte de uma concepção ou expressão material do poder, para descrevê-lo e para contar sua história. Rompe com o tradicional e majoritário entendimento sobre o assunto que defendia ser o poder estático, soberano, concentrado e escalonado. Para ele, o poder é dinâmico e se encontra dissolvido em todos os setores da sociedade. Com a passagem histórica do poder baseado na autoridade para o poder disciplinar, houve uma verdadeira revolução, no sentido de sua legitimidade: se antes o Estado fazia morrer e deixava viver, passou a fazer viver e deixa morrer (FOUCAULT, 2005).

Foucault afirma não ter jamais construído uma teoria geral do poder, em vez disso ele realizou “uma análise diferencial dos diversos níveis de poder dentro da sociedade” (FOUCAULT, 2001, p.1680). No que tange ao seu entendimento sobre a elaboração de uma teoria geral do poder (FOUCAULT, 1979, p.80), menciona que:

O que está em jogo nas investigações que virão a seguir é dirigirmos menos para uma ‘teoria’ do poder que para uma ‘analítica’ do poder: para uma definição do domínio específico formado pelas relações de poder e determinação dos instrumentos que permitam analisá-lo.

Ademais, torna-se importante mencionar que Foucault traz uma ideia positiva de poder, no sentido de ser ele “democrático”, o que até então não existia. Ele firma que os indivíduos são detentores de poder e capazes de administrar sua própria liberdade, em certa medida. Esse conceito revolucionário de poder vai de encontro ao conceito de poder no sentido de retratar uma ideia de opressão, temor e supressão de liberdade de uma minoria sobre uma maioria.

Sob a perspectiva de Foucault, de acordo com o seu método discursivo (SCHOENWELDER-KUENTZE, 2016, p.132-151), o poder configura um conjunto de relações assimétricas, constituído sempre por dois polos – um ativo e o outro passivo -, onde um exerce influência sobre o outro, assim como esse outro exerce poder sobre um terceiro e assim sucessivamente, de maneira dinâmica.

Conforme apontado acima, Foucault não identifica um conceito de “Teoria de Poder”. Na verdade, o autor rejeita completamente essa ideia, haja vista não considerar o poder como uma realidade que possua uma natureza, uma essência, que se possa definir em características universais: o que existe são discursos de poder.

A bem da verdade, dá ênfase à análise do termo sob uma perspectiva dialógica, na qual uns sujeitos atuam sobre outros, em uma relação assimétrica, permanente, dinâmica e positiva. Nesse contexto, Foucault (1979, p. 248) aduz que:

O poder não existe. Quero dizer o seguinte: a ideia de que existe, em um determinado lugar, ou emanando de um determinado ponto, algo que é um poder, me parece baseada em uma análise enganosa e que, em todo caso, não da conta de um número considerável de fenômenos. Na realidade, o poder é um feixe de relações, mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado. Portanto, o problema não é de construir uma teoria do poder.

Nessa perspectiva, Foucault defende a ideia de que não existe uma concepção de poder como algo unitário e global, mas, sim, formas díspares, heterogêneas e que se encontram em constante transformação. Afirma que “o poder não seria um objeto natural, uma coisa, mas sim uma prática social e, como tal, constituída historicamente”.

Desse modo, por meio do estudo de suas obras, constata-se que o autor propõe uma reflexão sobre o conceito de poder, desconstruindo a ideia tradicional de um poder estático e de imanente soberania, exercido verticalmente. A bem da verdade, entende, por meio de uma análise diferencial dos diferentes níveis de poder dentro da sociedade, que o poder é uma realidade dinâmica de relações, onde sujeitos agem sobre outros sujeitos.

Para Michel Foucault, o atual conceito de poder repousa sobre uma corrente ideia falsa. Destacando diversos posicionamentos que vão de encontro ao entendimento majoritário que tradicionalmente se tem sobre o esse termo; em primeiro lugar, o autor entende que as pessoas consideram que o poder é algo fixo, que emana de um núcleo central, de onde tudo é controlado, o qual se irradia para as suas extremidades, havendo, portanto, uma autoridade única, ou seja, alguém que fora investido dessa função, ocupando, dessa forma, uma posição de detentor do poder. Nesse sentido, o autor (FOUCAULT, 2001, p.265) declara que:

Eu quero dizer isto: a ideia que há, um lugar qualquer, ou emanando de um ponto qualquer, algo que é um poder, (Tal ideia) parece-me descansar sobre uma análise falsificada, e que, em todo caso, não se dá conta de um número considerável de fenômenos.

No seu entendimento, o poder não se encontra entranhado em um núcleo central estático. Na realidade, pontua que este é, conforme antedito, dinâmico, “enigmático”. Ele é, ao mesmo tempo, visível e invisível, presente e escondido, “investido” por toda a parte.

Para Foucault, não há que se falar em “dimensão potencial do poder”. Ele não seria onipotente ou onisciente. Pelo contrário, se as relações de poder produziram formas de inquérito e análises dos modos de saber, ele não pode ser tido como onisciente. O poder seria, no caso, cego, porque se encontrava dentro de um impasse. No entendimento do autor (2001, p.1254), se se assistiu a diferentes formas de vigilância, é porque o poder continuava impotente.

Por outro lado, Foucault (1987, p.103) defende que o poder não tem saber sobre tudo, bem como não é capaz de tudo fazer por si só. À contramão da construção lógica e filosófica que visa justificar a concentração de poder, o autor afirma que a onipotência se impõe pela simples razão de que o poder surge a todo instante, em todas as relações entre um ponto e outro, enquanto sua onipresença se justificaria pelo fato de estar por toda parte, vez que provém de todos os lugares.

Foucault critica ainda a ideia de titularidade do poder, vez que esta seria atualmente relacionada com quaisquer sortes de exploração, de manipulação ou de opressão. Em contrário senso, entende que o “poder não é algo que se adquire, arrebate ou compartilhe, algo que se guarde ou deixe escapar”. Defende que nas relações de poder, não haveria dualidade entre dominadores e dominados, em que houvesse repercussão impositivamente vertical, podendo ter qualquer direção (horizontal ou vertical).

Conforme supramencionado, para Foucault não existe o poder em si, ou seja, o poder como algo possuído por alguém, mas sim relações de poder, que,

por meio de mecanismos próprios, atuam como uma força que controla os indivíduos de uma sociedade, coagindo-os e disciplinando-os. Neste diapasão, busca pontuar seu conceito de relação de poder (FOUCAULT, 2001, p.1538):

Quando se fala de poder, as pessoas pensam imediatamente em uma estrutura política, um governo, uma classe social dominante, o mestre frente ao escravo, etc. isto não é de nenhum modo aquilo que eu penso quando falo de relações de poder. Eu quero dizer que, nas relações humanas, qualquer que sejam - que trate de comunicar verbalmente, como fazemo-lo agora, ou que trate-se de relações amorosas, institucionais ou econômicas -, o poder continua presente : eu quero dizer a relação na qual um quer tentar dirigir a conduta do outro. Estas são, por conseguinte, relações que pode-se encontrar em diversos níveis, sob diferentes formas; estas relações de poder são relações móveis, ou seja elas podem alterar-se, elas não são dadas de uma vez para sempre.

O autor entende que o poder está presente em todas as relações, em uma verdadeira rede que se expande por toda a sociedade. Diz que as relações entre os indivíduos representam poder, vez que estes detêm possibilidades e, a todo instante, exercem influência à liberdade alheia em suas decisões.

Portanto, para Foucault (1979, p. 149) o poder nada mais é que a própria influência que uma ação tem sobre outras, sem necessário caráter punitivo ou impositivo. A disciplina é a marca utilizada pelo autor para diferenciar as hipóteses do exercício impositivo do poder: chamando estas de relações de poder postas, vez que porta consigo um “modelo reduzido do tribunal”.

Sob este prisma, é que se evidenciam as relações de poder sem maiores entraves, pois os polos da relação são distintos, como os papéis que incorporam, por exemplo: opressor-oprimido, mandante-mandatário, persuasivo-persuadido, e tantas quantas forem as relações que expressem comandantes e comandados.

Foucault, portanto, acredita que as verdadeiras relações de poder estão no cotidiano e que as instituições políticas falham ao tentar controlar todas as relações de poder, independentemente da extensão de sua digesta normativa. O bom funcionamento social seria fruto, na verdade, do depósito da responsabilidade nos indivíduos que são implicados nas relações cotidianas, pautado num mínimo de normatização institucional. Oportunidade em que relega ao *jus* estatal plano secundário, frente à *jus* social.

Diante dessa ideia de microestrutura do poder de Michel Foucault, traz-se à baila os parâmetros da Justiça Restaurativa, como alternativa e modelo de resolução de conflitos, por meio da delegação de poderes às partes envolvidas no

litígio penal, a fim de que, juntamente com a sociedade que lhes circunda, participem ativamente do processo de retribuição, ressocialização e reintegração.

4 O EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO DO PODER PELA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa, conforme apontou-se acima, pode ser legitimada pelo discurso acerca do que se pode chamar “poder inclusivo” em Foucault. O caminho histórico-cronológico e teórico até o surgimento do conceito de poder em Foucault passa por Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Locke, dentre outros autores que tentaram atribuir significado e legitimidade ao exercício do poder através de discursos específicos. Seus modelos, no entanto, vinculam o poder ao soberano ou a uma elite economicamente dominante. Legitimam, portanto, a chamada “justiça punitiva”.

Assim como Marx (2011) propõe o “materialismo dialético” para apontar que “as formas de produção movem o mundo”, em contraposição ao idealismo histórico-dialético de Hegel, a ideia de poder de Foucault é material e inclusiva e se espalha por toda a sociedade, em contraposição às diferentes concepções idealistas de poder de Hobbes, Maquiavel, Rousseau e outros. O entendimento de Foucault acerca do poder respalda a justiça restaurativa, como uma forma de exercício democrático do poder.

A chamada “mediação vítima-ofensor” consiste em proporcionar que ambos, colocados em um mesmo ambiente, guardada a segurança física e jurídica, busquem um acordo que implique na resolução de outros aspectos decorrentes do delito que não digam respeito apenas à punição-retribuição, mas que abranjam, por exemplo a reparação de danos emocionais sofridos pela vítima.

Importante frisar que a aplicação da justiça restaurativa não implica no não cumprimento da pena tradicional, já que ambas podem ocorrer concomitantemente. Aquela tem um papel fundamental no que tange à efetiva pacificação do conflito originado pelo ilícito penal. Isso porque a justiça restaurativa propõe um novo paradigma na definição de crime e dos objetivos da própria justiça. Ela envolve a concepção de crime como violação à pessoa e às relações interpessoais.

A Justiça Restaurativa é uma prática bastante difundida em diversos países, que propõe um ritual informal, no qual agressor e vítima são postos em um diálogo, mediato ou imediato, sempre com a participação de terceiros, visando a desconstrução do paradigma estéril punitivo exclusivamente retributivo, ao enxergar no agressor a possibilidade de conscientização e reparação do dano provocado. Ou seja, mediante participação ativa de ambos os interessados se reparam conflitos à margem do sistema punitivo Estatal.

Conforme Zaffaroni, as penas não passam de simples mecanismos de manifestação de poder do Estado (ZAFFARONI, 1991, 204), dada sua ineficácia ou falibilidade, devem-se buscar novos métodos que viabilizem a reconstrução da justiça social. Voltaire já afirmava à época que os infratores deviam ser condenados a viver e serem úteis a seus países, vez que causaram prejuízos e a sociedade demanda reparação (VOLTAIRE, 2006, p.19).

Ou seja, a própria sociedade, ao ver-se preterida, é quem demanda as necessárias reparações e, sob esta perspectiva de empoderamento social, é que se propõem as práticas da Justiça Restaurativa, em que a responsabilidade e o poder orbitam da esfera pública estatal para a esfera particular de interesse primário, subsidiada pelo interesse coletivo.

No Brasil, as práticas tradicionais de cárcere são responsáveis pela simples segregação momentânea dos transgressores da lei. Em momento algum conferem qualquer assistência direta ou indireta ao constricto no sentido de prepará-lo ao posterior convívio em sociedade. A bem da verdade, a realidade prisional brasileira atual lembra a descrita por Howard (1777, p.7) em seu ensaio sobre as prisões no Reino Unido no Século XVIII:

There are prisons, into which whoever looks will, at first sight of the people confined there, be convinced, that there is some great error in the management of them; the shallow meagre countenances declare, without words, that they are very miserable; many who went in healthy, are in a few months changed to emaciated dejected objects. Some are seen pining under diseases, "sick and in prison"; expiring on the floors, in loathsome cells, of pestilential levers, and the confluent small-pox; victims, I must not say to the cruelty, but I will say to the inattention, of sheriffs, and gentlemen in the comission of the peace. The cause of this distress is, that many prisons are scantily supplied, and some almost totally unprovided with the necessaries of life.¹

São várias as semelhanças que podem ser identificadas entre os escritos de Howard e a realidade prisional brasileira, espelhada em uma estrutura precária que remonta, em perfunctória leitura, os contornos expostos há mais de três sé-

¹"Há prisões a que basta um primeiro olhar, aos lá confinados, para convencer-se de que há um grande erro em sua gestão. As espécies esqueléticas declaram, sem nem mesmo pronunciar-se, ser integralmente miseráveis, muitos daqueles que entraram com saúde, em poucos meses, transformaram-se em objetos desanimados. Alguns inclusive são vistos definhando às "doenças da prisão", expirando ao chão, em celas repugnantes, infestadas de pestes, como varíola. Estes são vítimas, não da crueldade, mas do descaso dos administradores e responsáveis. A causa destes sofrimento é que muitas prisões são pifiamente abastecidas, enquanto muitas, sequer atendem às condições mínimas necessárias à vida humana" (Tradução livre).

culos. Neste diapasão, denota-se a ineficiência do Estado e justifica-se a pulverização do Poder Estatal à sociedade, como mecanismo alternativo ao problema.

O empoderamento das partes do conflito, mediante a perspectiva da Justiça Restaurativa, viabiliza a resolução do conflito espelhado nos interesses sociais e, conseqüentemente, beneficiando a sociedade como um todo. Tal perspectiva, ao abstrair do Estado o monopólio do poder punitivo, permite às partes identificar não só a solução do conflito, mas a raiz do problema social. Pautado às ideias de Foucault, a transferência de poder instrumentalizaria o diálogo entre as partes, ao conferir-lhes o direito de dirimir os próprios conflitos.

Ao tempo que se confere à sociedade o direito de transigir acerca do tema, abandona-se a ideia clássica de responsabilização estatal, enquanto ser onipotente, onisciente e onipresente; constrói-se um modelo mais equânime e eficiente no âmbito das relações de poder. Até porque é pressuposto de validade jurídica da norma a sua legitimação social; esta, escorada nos próprios valores da sociedade, há de guiar os legisladores e conformar a norma no sentido de esta venha a preencher sua função: de regulamentar conflitos judiciais, no sentido de uma validade deontológica não-imperativista (HABERMAS, 1999, p.84-85).

Neste diapasão, expurgadas as ideias de monopólio, estaticidade e concentração do poder, no caso, do *jus puniendi*, a sociedade será capaz de gerir e administrar a resolução de conflitos, mediante regras mínimas de convivência, ao viabilizar o diálogo entre os interessados imediatos no conflito, subsidiados pela comunidade. Possibilitando, assim, não só a retribuição do dano causado, mas também a ressocialização e a reintegração do pretense agressor no seio social.

É necessário, pois, enfatizar o aspecto zetético do poder, ao invés de sua dimensão dogmática (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p.21-22). O sentido do discurso diretivo do poder punitivo não deve excluir o sentido informativo e comunicativo do discurso, necessita trazer a lume aspectos psicológicos, antropológicos, filosóficos, históricos e sociológicos na aplicação da justiça. O Direito, especialmente o Direito Penal, não pode se mostrar como fenômeno burocratizado, como um simples instrumento de poder punitivo e a ciência jurídica como uma técnica a serviço desse poder.

Como bem defende Boaventura de Souza Santos (1988, p.61), é necessária a existência de modelos alternativos de administração da justiça, que ocorram paralelamente ao modelo tradicional de administração tecnocrática da mesma. A justiça restaurativa, no caso, propõe a mediação ou conciliação através de instâncias e instituições descentralizadas que possam substituir ou complementar o modelo tradicional. Propõe, portanto, a construção de um Direito novo, ou de um novo paradigma do Direito Penal. Um modelo jurídico capaz de limitar o espaço da dominação burocrática e da violência – no sentido da ordenação da legítimi-

dade sob coação – e promover a expansão do diálogo como processo de negociação e de participação.

CONCLUSÃO

A justiça restaurativa configura um meio alternativo de resolução de conflitos penais em uma sociedade caracterizada pelo temor diante da fragilidade e ineficiência do sistema estatal criminal, baseado somente na justiça punitiva. Esta, por sua vez, encontra respaldo nos clássicos conceitos de poder, que se destacam na Modernidade pelas ideias de Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau, dentre outros.

A abordagem do poder em Foucault inova ao conceber o poder como um processo, um movimento, uma ação, um discurso que se encontra pulverizado em toda a sociedade, em vez de tê-lo como um conceito ideal e estático, legitimador da “disciplina” autoritária imposta pelas funções estatais e autorizador da justiça punitiva.

Sua concepção de poder ganha forte conotação, principalmente, se vinculadas à prática da Justiça Restaurativa, na qual a sociedade participa de forma ativa do processo de retribuição, reintegração e ressocialização do infrator, haja vista ocorrer uma transposição de poderes proveniente do Estado (*jus puniendi*) para as partes que se encontram envolvidas no litígio penal.

Por meio do presente artigo pode-se, pois, estender o pensamento de Foucault, relativamente a uma perspectiva do exercício do poder no âmbito do processo penal: se o poder é fruto da própria dinâmica das relações interpessoais, onde sujeitos agem uns sobre outros, também a resposta aos atos que infringem as condutas tidas como lícitas por uma determinada comunidade podem ser restauradas com a participação dessa mesma comunidade.

Foucault acredita que as verdadeiras relações de poder estão imiscuídas nos vínculos cotidianos, sendo, falhas, portanto, quaisquer tentativas por parte do Estado de deter e regulamentar, por completo, os vínculos de empoderamento presentes na sociedade, sendo necessário que os vínculos e, especialmente o rompimento de alguns vínculos sejam elaborados pela própria sociedade.

Portanto, faz-se necessária uma sedimentação microfísica dos institutos de poder. A pulverização desconcentrada destes às relações interpessoais pode viabilizar institutos como a referida prática restaurativa nos conflitos penais: as partes interessadas, subsidiadas pela comunidade, poderão transigir sobre as causas e consequências do litígio, envolvendo, assim, todos os interessados num processo material dialético disciplinar eivado de ampla legitimidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cletiane Medeiros; COSTA, Saulo Felipe; MELO, Vilma Felipe Costa de. HOBBS E LOCKE: duas propostas políticas para a guerra civil inglesa (sec. XVII). *Problemata: R. Intern. Fil.* v.02. n. 02. (2011), pp. 196-227.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. Ed. Brasília: Unb, 1998.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª Ed. Brasília: Ed. UnB, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

BRITO, Leila. *O “poder” segundo Foucault*. 24 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.chacomletras.com.br/2010/03/o-poder-segundo-foucault/>>. Acesso em 12 de novembro.2015.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault — um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Tradução de Ingrid Muller Xavier; revisão técnica de Alfredo Veiga-Neto e Walter Omar Kohan. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DESCARTES, Rene. *Discurso do Método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Collection Critique. Paris: Les éditions de Minuit, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Aurélio B. de H. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Édition Établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald. Collaboration de Jacques Lagrange, Vol. I et II. Paris: Quarto Gallimard, 2001.

_____. *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1993.

_____. *Histoire de la folie à l'âge classique*. Paris: Gallimard, 1972.

_____. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREUD, Sigmund. *Jenseits des Lustprinzips*. In: *Gesammelte Werke*. Band XII, Frankfurt am Main: Fischer Taschenburch Verlag, 1999.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HERB, Karlfriedrich. *Beyond good and evil: perceptions of power in Machiavelli, Hobbes, Arendt, and Foucault*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010333522013000100008&script=sci_arttext./>. Acesso em 14 de novembro.2015.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- _____. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Segundo Tratado Do Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- MAIA, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre o conceito de poder em Michel Foucault*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro: 1988.
- _____. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, 7(1-2): 83-103, outubro de 1995.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. São Paulo: L&PM Editores: 2011.
- MARIETTI, Angèle K. *Introdução ao pensamento de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- MARX, Karl. *Zur Kritik der hegelschen Rechtsphilosophie*. Berlin: Contumax Verlag, 2011.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Die Geburt der Tragödie: oder Griechentum und Pessimismus*. Berlin: Holzinger Verlag, 2015.
- NASCIMENTO, Milton Meira. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Franciso (Org). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Atica, 1991
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti.3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.
- SCHOENWAELEK-KUNTZE, Tatyana. *Philosophische Methoden*. Hamburg: Junius Verlag, 2016.
- VEIGA-NETO, Alfredo. *Foucault e a educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.
- VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.