



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 1

TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

TOMO DE TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO | ISBN 978-85-60453-36-8

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)
: teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro
Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire,
André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Ila Barbosa Bittencourt

INTRODUÇÃO

Justiça restaurativa é uma técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas. Esse é o conceito institucional, adotado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e a sua prática apresenta iniciativas cada vez mais diversificadas e já apresentou muitos resultados positivos. Neste estudo, verificamos como esse conceito dá um novo direcionamento à maneira de compreender, viver e aplicar o direito penal.

O professor Damásio de Jesus, por sua vez, explica que na seara criminal a justiça restaurativa é um processo colaborativo em que as partes, agressor e vítima, afetadas mais diretamente por um crime, determinam a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.

Dessas definições acima, portanto, verifica-se que a denominação “restaurativa” confere ao tema da aplicação de justiça a ideia de “recuperar”, de “colocar em melhor estado”. E segundo essa teoria isso apenas é possível por intermédio de um processo colaborativo entre os protagonistas da relação processual, vale dizer, a condução por um mediador ou um juiz e o diálogo entre o transgressor da lei e a vítima que foi atingida pelo fato ilícito.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Origem.....	3
2. Abolicionismo.....	5
3. Minimalismo.....	6
4. Desenvolvimento da criminologia e surgimento da vitimologia.....	7
5. Justiça restaurativa no exterior.....	9

6.	A atual justiça restaurativa na função jurisdicional brasileira	11
7.	Análise da justiça restaurativa no direito brasileiro	12
8.	Difusão da justiça restaurativa no direito brasileiro.....	15
	Referências	21

1. ORIGEM

Cumpre-nos assinalar que não é fácil se chegar a uma completa definição de justiça restaurativa. Tão difícil quanto defini-la é situar cronologicamente o marco histórico da sua aparição. Diversos estudiosos se propuseram a investigá-la, nem sempre, no entanto, apresentando conformidade de dados entre si. No dizer sempre expressivo de Marcelo Gonçalves:

“A Justiça Restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários. Na modernidade, o Estado, dentro da estrutura atual, foi concebido deitando suas raízes em Hobbes, Rousseau e Locke e a concentração da resolução dos conflitos com a razão iluminista, sepultou qualquer forma de resolução de litígio por método não científico”.¹

É preciso insistir também no fato de que, historicamente, tivemos grande contribuição da vitimologia, que avançou seus estudos de direito penal não só sobre o réu, mas também sobre a vítima do delito; e do abolicionismo e do minimalismo, que contribuíram, notadamente, com as suas ideias de substituição do modelo estritamente punitivo para novos modelos alternativos de solução de conflitos.

É bem verdade, então, que na História ideais como os acima referidos tornaram capaz o estudo de novas soluções possíveis para a situação precária que abominava o antigo direito penal, até então paralisado com a adoção de práticas criminalistas consideradas tradicionais. Dentre suas práticas mais comuns, o direito penal tradicional se alicerçava na pena privativa de liberdade como a sanção mais adequada, mas se alicerçar na prisão demonstrou que o direito não resolveria, de fato, os inúmeros

¹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*, p. 146.

problemas circunstanciais do delito, como o efeito subsequente da superpopulação carcerária, o abandono da figura da vítima e a contrariedade completa à dignidade humana, a própria essência do ordenamento.

No presente ensaio, porém, devemos nos limitar a dizer simplesmente que a evolução da justiça criminal, ao longo dos séculos, correspondeu basicamente à substituição da justiça privada pela pública e hoje se enfrenta o crescimento crítico do encarceramento como forma de punição.

Merece destaque, neste aspecto, a obra *Vigiar e Punir* (1975) de Michel Foucault, que é um marco científico no que tange à maneira de pensar o direito penal no mundo ocidental; atualmente, inclusive. Nela, o Autor defende a ideia de que a punição e a vigilância são poderes destinados a educar cidadãos com vistas a obter a contenção da criminalidade e o cumprimento das normas e leis, em consonância com a vontade daquele que detém o poder. Em linhas gerais, conclui que, para o Estado, é mais rentável e eficaz vigiar e punir do que trabalhar os verdadeiros problemas erigidos de fatos jurídicos criminais.

Empós as noções preliminares em breve trecho, é mais correto entender que, assim como o seu conceito está diretamente ligado às práticas que se faz do instituto, também a origem da justiça restaurativa fica circunscrita a cada um dos locais onde esse modelo ganhou corpo e representação.

Portanto, historicamente, esse instituto deve ser considerado relevante e presente onde realmente promoveu mudanças e reviu conceitos, acrescentando, objetivamente, sua contribuição ao surgimento de um novo foco dentro do direito penal. Ou seja, deve-se verificar que a legislação local, ao invés de se orientar pela retribuição do mal pelo mal, tenha se tornado mais preocupada com as questões de âmbito humano, com vistas à resolução do conflito de forma mais eficaz e útil a todos os protagonistas do sistema jurídico. E isso se faz ao conceder voz e vez aos indivíduos diretamente afetados pelo fato criminoso, através do diálogo revelador de seus anseios; e não mais os submeter a uma justiça absoluta e simplesmente retributiva, de ação e efeitos humanos muito limitados diante das reais expectativas dos envolvidos no conflito.

A seguir, verificaremos como o abolicionismo e o minimalismo influíram na admissão da justiça restaurativa no Brasil. Bom é dizer que esses dois sistemas são identificados como opostos ao sistema penal retributivo. O modelo restaurativo, por outro

lado, não o é. Então, inadequado seria esquecer que aqueles modelos apenas contribuem para o seu desenvolvimento.

2. ABOLICIONISMO

Zaffaroni entende ser o abolicionismo o movimento mais radical dos últimos anos e, justamente por isso, reconhecido até pelos seus mais rígidos críticos e opositores, e assim aborda o tema:

“O abolicionismo atual constitui um movimento que, nos últimos anos, produziu uma literatura considerável, sobretudo entre os autores do norte da Europa – principalmente escandinavos e holandeses –, seus mais notórios representantes. Uma das características mais comuns entre seus líderes é a de haverem levado adiante movimentos ou organismos com participação de técnicos, presos, liberados, familiares e simpatizantes, isto é, pessoas com alguma experiência prática no campo da marginalização penalizada. O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos”.²

É possível inferir que o abolicionismo seja uma posição utópica por parte daqueles que o propõem. Entretanto, não se pode deixar de reconhecê-lo como uma proposta verdadeiramente válida, que influenciou sobremaneira nos últimos anos no desenvolvimento da política criminal.

Partindo do pressuposto de que a ideia principal do abolicionismo é se caracterizar como um movimento jurídico-social que propõe o fim da pena de prisão, bem como a extinção do próprio direito penal, verifica-se que os autores abolicionistas contribuíram e contribuem para mobilizar e sensibilizar pessoas e organizações a serem solidárias à liberdade. Dessa maneira, eles evidenciam os verdadeiros e mais reais problemas do direito penal.

De modo geral, mas sob o mesmo enfoque da justiça restaurativa, o abolicionismo parte da retirada de legitimidade do poder essencialmente punitivo para se

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*.

fundamentar na sua incapacidade para resolver satisfatoriamente conflitos penais. Nessa vereda, porém, prevê o movimento abolicionista o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais.

Esse movimento, então, investiu em aproximações táticas com o direito civil e suas práticas conciliatórias, atualmente em vigor, por exemplo, no procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais. De fato, ao se buscar a origem do termo “abolicionismo” na terminologia jurídica, encontramos sua raiz sedimentada em William Godwin (1756-1836), ao questionar a coerção como método de pacificação social e prevenção dos delitos. Para o autor, um dos primeiros expoentes do utilitarismo, que visa ao maior bem-estar possível, a melhor saída para a resolução dos conflitos é a que visa o maior bem-estar possível e envolve a conciliação e a educação,³ algo muito próximo do que acreditam os abolicionistas contemporâneos como Louk Hulsman, que defende a absorção do direito penal pelo direito civil.⁴

Vale ressaltar, em derradeiro, que o abolicionismo não deve ser traduzido como ausência de controle social, nem visa à anarquia do sistema judiciário. Apenas propõe novas práticas para a resolução de conflitos, entre elas, a descriminalização legal e judicial, a despenalização e a aplicação dos modelos conciliatórios, terapêuticos, indenizatórios e pedagógicos. Portanto, contorna e se afasta do modelo punitivo, atualmente formalizado, e se relaciona de perto com a essência da justiça restaurativa, que de igual forma hoje se encontra em formação no Brasil.

3. *MINIMALISMO*

Assim como o abolicionismo, o minimalismo passa a ocupar o cenário de controle social e das políticas criminais nas sociedades capitalistas a partir da década de 1970. O contexto em que ambos os movimentos emergem é o da deslegitimação dos sistemas penais.

³ GODWIN, William. *Investigacion acerca de la justicia politica y su influencia en la virtud y la dicha generales*.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 98.

De um lado, o abolicionismo protagoniza a eliminação do sistema penal, colocando em seu lugar formas alternativas de resolução de conflitos. De outro, o minimalismo defende a máxima contração do sistema penal, sem se associar a um radical e quiçá utópico ponto de partida abolicionista.

Não se pode olvidar, ainda, que por sistema penal se entendem as instituições que operacionalizam o controle penal (dos legisladores aos que fazem as leis serem cumpridas), as leis que programam e legitimam a sua atuação e os veículos de controle social (escola, mídia), que constroem e reproduzem a cultura e o senso comum punitivo. Por outro enfoque, é possível dizer que os movimentos abolicionista e direito penal mínimo até hoje se prestam a desenvolver o modelo de atuação restaurativo, que revê o modo de resolução dos conflitos para que eles envolvam a conciliação e a reeducação dos sujeitos envolvidos.

Assim, acredita-se que os movimentos sejam uma possibilidade de transformação do sistema penal, plausível e necessária, erigida a partir das perspectivas filosófica e humanística.

4. DESENVOLVIMENTO DA CRIMINOLOGIA E SURGIMENTO DA VITIMOLOGIA

Não se pode perder de vista que a tese da conversação entre os envolvidos, a fim de resolver o conflito, do ponto de vista prático e efetivo é uma tentativa duvidosa e refletir quais os atos que seriam tratados dessa maneira e os instrumentos que seriam utilizados para aferir e transformar o ser humano é o grande mote da presente lição.

Do mesmo modo, não é mansa e pacífica a questão da substituição de todo o sistema penal por medidas alternativas. Mesmo para indivíduos com o pensamento abolicionista e minimalista bem instalados, no discurso e na mente, é uma árdua tarefa encontrar alternativas para determinadas situações-problema. Mas é, no mínimo, uma reflexão interessante para enxergarmos com mais nitidez algumas falhas e buscarmos soluções mais coerentes com o estágio atual de desenvolvimento da nossa sociedade. Suas ideias são importantes para o estudo criminológico; trazem questionamentos extremamente relevantes ao sistema punitivo e demonstram a falta de amparo social e humanístico com o qual a vítima é tratada pelas instituições penais.

É preciso insistir, ainda, no fato de que eles evidenciam o respeito à dignidade da pessoa e também a possibilidade da sua reinserção na sociedade.

Dessas discussões que se instalaram sobre o atual sistema penal surgem, portanto, todas as novas possibilidades, ideias, teorias, pensamentos e, principalmente, olhares voltados para o tratamento do sujeito de direito, tanto a vítima como o infrator.

Destarte, sob este viés científico, as propostas abolicionistas devem ser amplamente discutidas nas mais diversas esferas de nossa sociedade, pois o objetivo, realmente, é rever o direito penal de forma ampla e constante. Assim assinalou Luciano Nascimento:⁵

“O movimento abolicionista do sistema penal, a partir do início da segunda metade do século XX, passou a fornecer uma contribuição literário-científica para as ciências penais de inestimável valor. Porém, os mais diversos movimentos existentes no campo penal se negam a estudar ou aprofundar as proposituras apresentadas pelo abolicionismo”.

Portanto, com o desenvolvimento dos estudos criminológicos, fez-se necessário, conforme França,⁶ uma reformulação dos conceitos de criminoso e de delito. Esse último deveria, então, se subdividir para ser melhormente estudado pelos julgadores. Assim, o delito em primeiro momento deveria ser verificado como um evento natural e social, buscando refletir sobre o autor e o ambiente no qual o ato ilícito se encontra inserido. Em segundo plano, haveria a reflexão sobre o ato em si e a isso seria acrescentado o elemento vítima, obtendo-se, por conseguinte, a tríade criminoso, delito e vítima.

Segundo Greco,⁷ seria necessária “uma série de postulados vitimológicos no qual se estuda o comportamento da vítima em face do crime – mais especificamente, sua contribuição para que este ocorresse”. Não se deve supor que a vítima, de alguma maneira, fosse também responsável pelo ocorrido; ela simplesmente ocupa um papel importante e significativo ao se discutir o peso ideal do que será feito com o criminoso. Da mesma maneira, não se deve confundir esta conduta com a busca da vingança privada.

⁵ SILVA, Luciano Nascimento. Manifesto abolicionista penal. Ensaio acerca da perda de legitimidade do sistema de Justiça Criminal. *Jus navigandi*, nº 60.

⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*, p. 579.

⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*, p. 189.

Na realidade, é uma “redefinição global do *status* da vítima”,⁸ assim como uma identificação de suas expectativas e anseios por justiça.

Por tais razões, além de outros inúmeros movimentos bases, é nítido que a dialética implantada pelo abolicionismo e pelo minimalismo, bem como pela criminologia e pela vitimologia influíram no desenvolvimento da prática restaurativa nos institutos penais do Brasil. Mesmo porque, como bem explicou o juiz Asiel Henrique de Sousa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), pioneiro na implantação do método no País, “ela é uma prática que está buscando um conceito”.⁹ E, como se viu, esses movimentos exploram sobremaneira as circunstâncias do fato criminoso e suas inúmeras variantes práticas, tais como a baixa didática da retribuição do mal pelo mal e a superlotação incontrolável do sistema carcerário.

5. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO EXTERIOR

Segundo Marcos Rolime Mylenne Jaccoud, foi o psicólogo Albert Eglash quem cunhou a expressão “justiça restaurativa”, em seu trabalho *Beyond restitution: creative restitution* (1977).

Nele, o cerne era a proposta de reabilitar o ofensor através do estímulo de pedir perdão e se retratar diante da vítima. E nele se insculpiu o mais importante princípio do movimento restaurativo, qual seja, a transformação do ser humano, dando a ele a chance para refletir sobre os seus erros e buscar caminhos a serem trilhados para repará-los de alguma maneira.

Embora a origem do termo justiça restaurativa remonte à obra do Americano, datada de 1977, a sua efetiva implantação não teve início nessa ocasião. Ao redor do mundo houve várias ocorrências tratadas como se fosse seu marco inicial. Julgamos adequado evidenciar que, para Howard Zehr, as primeiras experiências são simultaneamente as da Nova Zelândia, do Canadá e dos Estados Unidos da América.¹⁰

⁸ MOLINAS, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. Lei dos Juizados Especiais Criminais.*

⁹ Agência CNJ de Notícias. *Justiça restaurativa: o que é e como funciona.*

¹⁰ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 256.

Nesses países, acima referidos, a população indígena nativa apresentava organização e metodologia para lidar com ocorrências criminais a partir de posturas que simbolizam os ideais defendidos pelo modelo restaurativo. Esse autor, estudioso de tribos indígenas pelo mundo, nos diz que os principais valores são encontrados também em outras comunidades indígenas, além dos maori da Nova Zelândia, como por exemplo, os primeiros povos do Canadá e dos Estados Unidos da América:

“Enquanto alguns tentam desqualificar essa alegação como um ‘mito de origem’, verifiquei que a Justiça Restaurativa tem eco em muitas tradições indígenas com as quais tive contato nas minhas aulas e viagens. Braithwaite escreveu que ele ainda está para encontrar uma tradição indígena que não tenha elementos de Justiça Restaurativa e retributiva, e isso confere também com a minha experiência”.¹¹

O autor elucida também que a justiça restaurativa tida como moderna não é a simples recriação desse passado, “mas sim, adaptação de alguns valores básicos, princípios e abordagens dessas tradições, combinados com a moderna realidade e sensibilidade quanto aos direitos humanos”.

De qualquer modo, o cenário internacional nos evidencia que não importa onde estão localizadas geograficamente as primeiras ocorrências do fenômeno restaurativo, se ele é neozelandês, canadense ou estadunidense. Em realidade, o instituto sempre esteve ligado a uma herança cultural de origem primitiva, calcada em costumes indígenas de algumas tribos.

Na atualidade, diversos países utilizam a justiça restaurativa aliada aos seus sistemas judiciários, como em Portugal com a publicação da Lei 21/2007; bem como na Constituição Política da Colômbia de 1991, que prevê expressamente no art. 250 a possibilidade de utilização da justiça restaurativa em matéria criminal.

Já no Chile, além da visão colombiana de recuperação do indivíduo, também há a ideia de diminuir a sobrecarga dos tribunais e a superlotação das prisões.

E na Espanha, as práticas restaurativas aparecem a partir de 1990, conforme Gordillo Santana:

“(...) aparece en nuestro país común ligero retraso respecto a otros países europeos, debido principalmente al modelo continental que preside nuestro

¹¹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 256.

*ordenamiento jurídico-criminal y especialmente al hecho de que existen una serie de principios criminales que inspiran la regulación legal que hacen complicado, pero no imposible, la implantación de la mediación víctima-victimario, como una medida alternativa a la clásica imposición de la pena. El cambio desde una Justicia Retributiva hacia una Justicia Restaurativa supone un cambio de mentalidad tanto en el legislador como en el propio poder judicial, encargado de distribuir la Justicia. Y sin ánimo de entrar en estos aspectos conceptuales que sin duda ya han sido tratados largamente por prestigiosos entendidos de la materia, si creo conveniente reflejar una realidad que hoy por hoy predomina tanto en el ámbito legislativo como judicial en nuestro país”.*¹²

6. A ATUAL JUSTIÇA RESTAURATIVA NA FUNÇÃO JURISDICIONAL BRASILEIRA

Atualmente, a grande problemática enfrentada pela técnica da justiça restaurativa se deve à crescente demanda por Justiça, onde a comunidade jurídica e principalmente o Poder Judiciário do Brasil se viram obrigados a mudar suas mentalidades a fim de buscar formas alternativas de solução de conflitos, não privilegiando apenas o método tradicional de ajuizamento de processos judiciais.

Ao se deparar com uma crescente demanda por Justiça, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil partiu em busca de formas alternativas de solução dos conflitos em detrimento ao método tradicional de ajuizamento de processos judiciais. Assim, é possível concluir que, dentro da relação processual, o seu fundamento jurídico se encontra no princípio processual da efetividade social, fruto não só da nova forma de processo civil contemporâneo, mas também de todo o processo penal brasileiro vigente.

Para o autor Rui Portanova, uma nova forma processual com vistas à efetividade social significa que um “processo deve ser impregnado de justiça social”, vale dizer, de resultados justos, com compromisso para com as partes de alcançar o resultado mais justo possível para os conflitos surgidos na vida em sociedade. Este pensamento, então, já vem

¹² SANTANA, Luis F. Gordillo. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, p. 325.

sendo disseminado há algum tempo nos fóruns brasileiros e aplicado por advogados, juízes e promotores, por exemplo, nas causas de família.

Em funcionamento há cerca de dez anos no País, a prática da justiça restaurativa tem se expandido a cada dia. Tanto isso é verdade que hoje o método se trata de uma ferramenta de trabalho jurídico, judicial e extrajudicial, que é incentivada pelo Poder Judiciário brasileiro, por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, firmado em agosto de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

7. ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Ao analisá-la dentro do contexto brasileiro, podemos explicar que a ideia da justiça restaurativa é ir de encontro à cultura da judicialização, na esteira do que afirmou o ministro presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Ricardo Lewandowski¹³ e presidente em exercício do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2014, que “o século XXI é o século do Poder Judiciário, em que a humanidade, bem como o povo, o homem comum, descobriu que tem direito e quer efetivá-lo”, ao assinar o Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, em Brasília no Distrito Federal.¹⁴

Com fundamento no art. 1º da Constituição Federal de 1988, o Ministro explicou ainda “(...) que o povo brasileiro exerce o poder, participa da gestão da coisa pública, seja nos setores da educação, da cultura, esporte, meio ambiente e, agora, no âmbito do Poder Judiciário”; e esclareceu que, no ano de 2014, esse marco jurídico travava combate contra

¹³ O ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski é Mestre (1980), Doutor (1982) e Livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1994), ingressou na magistratura como Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, pelo Quinto Constitucional da classe dos advogados (1990 a 1997) e hoje é Ministro do Supremo Tribunal Federal. No ano de 2014, exercia a Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Ocupa também o cargo de Professor Titular de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Em relação aos inúmeros processos que relatou, destaca-se o reconhecimento da competência do Judiciário para determinar reformas em presídios (RE 592.581), com o fim de garantir a incolumidade física e moral dos detentos.

Como Presidente do Conselho Nacional de Justiça foi responsável, além de outras ações, pela implantação das audiências de custódia, nas 27 unidades da federação brasileira, nas quais um juiz decide o destino imediato de uma pessoa presa em flagrante, que lhe deve ser apresentada no prazo máximo de 24 horas.

¹⁴ Agência CNJ de Notícias. *O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski.*

o aumento expressivo no volume de demandas judiciais: “[é] um problema que o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos chamou de explosão de litigiosidade. Só no Brasil nós temos quase cem milhões de processos em tramitação para apenas 18 mil juízes, dos tribunais federais, estaduais, trabalhistas, eleitorais e militares”.¹⁵

É inegável, pois, que o Brasil evoluiu em matéria de ordenamento jurídico, fato esse que, por conseguinte, revolucionará igualmente a própria cultura jurídica do brasileiro. Daí por que explicou o Ministro, ainda, na sua entrevista, que hoje os magistrados devem ter não apenas a inteligência técnico-jurídica, o conhecimento do processo e do direito material, civil, penal ou militar, mas “ele precisa ter inteligência emocional ou, mais do que isso, a sensibilidade social, porque, afinal de contas, a grande missão hoje do Poder Judiciário é dar concretização aos direitos sociais e garantir a paz social”.¹⁶

Por iguais razões, podemos asseverar que o ordenamento pátrio, hoje, se tornou mais preocupado com as questões de âmbito humano, com vistas à resolução do conflito de forma mais eficaz e útil a todos os protagonistas do sistema jurídico. Pois de maneira contrária a isso o sistema se orienta pela retribuição de um erro com uma pena e essa ideia não soluciona, mas torna, sim, o ambiente social mais precário e quiçá mais indigno.

Nesse diapasão, então, podemos assentar a técnica sobre um princípio fundamental da República, ao concluir que sua raiz se encontra diretamente fundada nos luminares mais atuais do princípio da dignidade da pessoa humana do art. 3º, inciso III, da Constituição Federal. Dessa maneira, em linhas bem gerais, sabe-se que o desrespeito a qualquer método nela consubstanciado pode ser objeto de demanda para declaração de invalidade pela Suprema Corte do País.

Podemos citar, já como modelo de trabalho no âmbito do processo criminal, as atividades desenvolvidas pelas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na comarca da Capital de São Paulo. Essas varas especializadas contam com equipes institucionais do Tribunal de Justiça, integradas por um corpo técnico de psicólogos e assistentes sociais, e são voltadas essencialmente não só às mulheres e crianças vítimas de violência familiar, mas também aos acusados e acusadas de perpetrarem estas

¹⁵ Agência CNJ de Notícias. *O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário*, afirma Ricardo Lewandowski.

¹⁶ *Ibidem*.

situações. Pode-se citar, hoje, um verdadeiro sincronismo entre os órgãos estatais, ao passo que referidas varas também contam com a participação especializada do Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica (GEVID) do Ministério Público do Estado de São Paulo. Vale lembrar, por fim, que além do corpo institucional, essas atividades jurisdicionais também são protagonizadas por organizações não governamentais (ONGs), que estabelecem núcleos de convivência aos investigados e réus envolvidos em demandas de violência de gênero, bem como amparam mulheres e crianças envolvidas em causas desta natureza.

“É importante frisar, ademais, que em São Paulo, a justiça restaurativa também já tem sido utilizada em dezenas de escolas públicas e privadas, auxiliando na prevenção e no agravamento de conflitos”.¹⁷ No que se refere a processos judiciais, os juízes aplicam o método para auxiliar nas medidas socioeducativas cumpridas por adolescentes em conflito com a lei, conseguindo recuperar para a sociedade jovens que estavam cada vez mais entregues ao caminho do crime.¹⁸

Como exemplo, no ano de 2016 uma reportagem do jornal *Folha de São Paulo* apresentou um caso de uma vítima que adotou o menor infrator que a assaltou, depois de terem participado de um círculo restaurativo.¹⁹

Concluindo, no que se refere ao ordenamento brasileiro positivado, o leitor deve ficar atento porque há uma crucial diferença entre a mediação, realizada pela justiça restaurativa, e o conhecido procedimento de conciliação, previsto expressamente no Código de Processo Civil de 2015; qual seja, a finalidade econômica da causa.

Em comum, a conciliação é voltada para resolver questões de interesse econômico, de maneira que podemos notar, nas suas disposições da legislação civil, que o seu instituto versa sempre sobre direitos que admitem transação e são de ordem privada. Ou ainda é voltada simplesmente a questões de interesse prático, ou seja, processual, como exemplo dos procedimentos criminais previstos na Lei dos Juizados Especiais 9.099/1995 para os crimes de menor potencial ofensivo.

¹⁷ Agência CNJ de Notícias. *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Jornal Folha de São Paulo, caderno Cotidiano. *No interior de SP, vítima adota 'ladrão de primeira viagem' que invadiu casa*.

Já na mediação realizada pela justiça restaurativa não é possível se estabelecer de antemão uma conclusão ou mesmo o seu término, que pode perdurar por meses, haja vista que sua evolução se consubstancia na criatividade e sensibilidade dos seus protagonistas, que adotam iniciativas cada vez mais diversificadas e trabalham na resolução do litígio caso a caso, a partir da escuta dos ofensores e das vítimas.

8. DIFUSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Mylène Jaccoud nos revela que, em suas primeiras aparições no cenário jurídico, a justiça restaurativa se apoiava no princípio de uma redefinição do crime:

“O crime não é mais concebido como uma violação contra o Estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências. Uma tendência relativamente recente no decorrer da Justiça Restaurativa propõe reconstruir a noção de crime, especificando que o crime é mais que uma transgressão para uma norma jurídica”.²⁰

Na mesma linha do que foi aludido anteriormente, ao versarmos sobre os movimentos abolicionistas, cumpre ressaltar aqui também que não necessariamente o modelo restaurativo precisa ser identificado como oposto ao retributivo. Talvez uma atuação conjunta do direito penal com a justiça restaurativa seja a forma mais interessante de se unir os dois modelos, extraindo de cada um o que possuem de melhor ao processo.

É dessa forma que, segundo Marcelo Gonçalves Saliba,²¹ ela se afasta e acrescenta importantes contribuições à atuação tradicional do direito penal:

“A deslegitimidade das ‘instituições totais’ ou ‘aparelhos repressivos do Estado’, a revitalização da vítima, a participação da comunidade na solução dos conflitos definidos como crimes, o respeito à dignidade da pessoa humana e direitos humanos, alicerçam a Justiça Restaurativa e afastam o velho sistema retributivo ditado pela justiça penal”.

É comum, entretanto, considerar a infração criminal como uma ofensa ao Estado, ao invés de atribuir a ofensa à vítima ou à comunidade imediatamente agredidas. Esse posicionamento abre espaço para uma visão vingativa e punitiva do sistema penal, que,

²⁰ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. *Justiça restaurativa*, pp. 70-71.

²¹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*, p. 146.

na verdade, mantém uma ideia simples: ao mal provocado pela infração deve corresponder o mal da pena.

Indubitável é que não temos, ainda, algo melhor ou mais adequado que o direito penal, necessário, sob muitos aspectos, para a própria manutenção da ordem e da segurança nas sociedades modernas.

Por isso as mudanças sugeridas neste trabalho não contemplam a extinção do sistema penal nem propõem desconsiderá-lo. Preza-se, como se pode notar, por um novo entendimento sobre como deveria funcionar a máquina judiciária tendo em vista que, ao longo do tempo, novos interesses e valores surgiram mostrando a urgência de se questionar as limitações do sistema penal atual e a necessidade de buscar, com embasamento científico, alternativas mais humanas e adequadas.

Com esse objetivo é que vemos o modelo restaurativo como uma opção complementar ao sistema penal tradicional e é no aspecto social que o modelo restaurativo nos traz um importante acréscimo, ao reaproximar comunidades das decisões da justiça penal e oferecer a oportunidade da participação ativa em busca de reparação.

O simples monopólio do Estado, quanto às questões penais, resultou no que conhecemos e praticamos: um direito penal que não reflete e não atende às necessidades nacionais modernas, com práticas obsoletas e ineficazes para a nossa sociedade no que tange ao momento posterior à pronúncia da sentença, englobando aí o encarceramento.

A esse respeito, afirma Howard Zehr:²²

“Quando um crime é cometido, assumimos que a coisa mais importante que pode acontecer é estabelecer a culpa. Este é o ponto focal de todo o processo criminal: estabelecer quem praticou o crime. A preocupação, então, é com o passado, e não com o futuro. Outra afirmação que incorporamos é que as pessoas devem ter aquilo que merecem; todos devem receber as consequências de seus atos... E o que merecem é a dor. A lei penal poderia ser mais honestamente chamada de ‘Lei da Dor’ porque, em essência, esse é um sistema que impõe medidas de dor”.

Ao afirmar que o modelo retributivo é voltado ao passado, Howard Zehr direciona nossa atenção para o fato de que o ofensor não é considerado em sua capacidade

²² SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*, p. 71.

de regeneração futura, mas simplesmente como um indivíduo que cometeu um erro e que deve ser punido por isso.

Na defesa do modelo restaurativo, como vimos, é muito utilizado o exemplo da desatenção ao agressor para defender que o cárcere não é, nem nunca foi, uma boa solução, tanto em termos de justiça, quanto em adequação, para responder ao crime.

Dessa maneira, no modelo restaurativo é fundamental o princípio da transformação do indivíduo, que tem por base sua reeducação e acompanhamento psicológico que lhe permitirão, no futuro, a reintegração ao convívio social. Promover a reeducação e o respeito às necessidades do infrator, assim com o bem-estar e a ressignificação da vítima no processo penal são objetivos muito importantes da prática restaurativa. Sua atuação é norteadada pelos direitos humanos e pela noção de que os atores do crime devem participar de forma ativa para construir um desfecho justo a ambas as partes.

Nesse lance, é importante sublinhar os valores fundamentais da justiça restaurativa. Vislumbrados por Chris Marshall, Jim Boyack e Helen Bowen,²³ partem do princípio da transformação do indivíduo e são os seguintes: respeito; participação; honestidade; humildade; interconexão; responsabilidade; empoderamento; e esperança.

Por respeito se tem que a justiça restaurativa parte do pressuposto da igualdade, consubstanciado como objetivo da República, no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Sendo todos igualmente dignos de respeito e atenção, haverá a busca do tratamento igualitário, humano e justo, atento às suas necessidades emocionais, para ouvir de perto as reivindicações e certificar-se do tratamento digno das partes envolvidas. Aliás, notadamente o respeito mútuo gera confiança e boa-fé entre os participantes, promove um ambiente mais propício para transformar as condutas e restaurar os danos causados.

A justiça restaurativa, ao propor o respeito às partes como um valor fundamental, quer nos fazer pensar acerca da forma mecanicista e desumana como são decididos os destinos dos autores do conflito, sem que suas necessidades e interesses mínimos sejam considerados.

²³ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). *Justiça Restaurativa. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores*, p. 269.

Em contrapartida a isso, o modelo de punição atual e a inculcação da culpa no agressor, além de não solucionar a situação-problema, ainda provoca outros danos, pois o contraventor irá sofrer inúmeras perdas sem se compensar o dano provocado a outrem. Isso, todavia, está longe de parecer justo ou satisfatório, uma vez que viola a dignidade humana ao impor a sanção sem minimamente proporcionar ao sentenciado a oportunidade de, internamente, solucionar os seus conflitos e repensar sobre a falha cometida.

Como se nota, o mesmo ocorre com relação à vítima que, no modelo retributivo, vê-se quase alienada do processo dada a pouca ou nenhuma atenção que lhe é dispensada durante o julgamento.

Dessa forma, o respeito é valor tão fundamental que deve ser a base e justificativa de toda a prática restaurativa.

Como segundo valor fundante da justiça restaurativa temos a participação. Tendo em vista que o princípio da efetividade social pauta a lide, no que diz respeito à justiça restaurativa, é fácil deduzir que os envolvidos no crime merecem participar do processo judicial, a fim de terem seus problemas realmente solucionados pelo ordenamento jurídico. Daí por que a justiça restaurativa entende que os mais afetados pela transgressão tenham voz ativa na solução do problema e que possam, em conjunto e orientados por um mediador capacitado, serem ouvidos e participar ativamente do desfecho daquela situação que é levada ao Judiciário.

Daí o enfoque proposto pela justiça restaurativa ser, a nosso ver, mais humano, razão de propor uma releitura dos vetores e da prática penal atual. Aproximando agressor e vítima, com base igualmente no valor respeito, como seres humanos, vulneráveis a falhas e conhecedores de inúmeras limitações, o modelo restaurativo lança um olhar mais justo ao caso concreto.

O importante valor da aproximação tem como pressuposto o fato de que cada uma das partes envolvidas no processo restaurador tem algo importante e valioso para contribuir com o objetivo do processo de restaurar: alcançar uma solução mais justa, educativa e transformadora do fato e dos seus desdobramentos futuros.

Honestidade pode ser colocada como o terceiro valor fundamental da justiça restaurativa, de forma que o modelo restaurativo pressupõe o comprometimento com a verdade e com a transparência de sentimentos e intenções.

Submeter-se ao longo e doloroso processo de reavaliação dos atos e responsabilidades requer que os envolvidos no ato criminoso estejam dispostos a falar e a ouvir de maneira honesta e transformadora. Essa deve ser uma preocupação da prática restaurativa, como a experiência demonstra em outros países. Não raro, as partes envolvidas no conflito optam por regressar ao sistema tradicional dado o desgaste emocional a que se submetem. E se estas colocações valem para o agressor, também o são para a vítima que, com a mesma dificuldade, tem de lidar com suas emoções, traumas e medos para participar da forma desejada do encontro restaurativo.

Levadas em consideração, tais dificuldades demonstram, claramente, que a justiça restaurativa não lança mão de processo mais “fácil” de resolução do conflito, mas sim, de uma metodologia mais ampla e complexa que avança na gênese humana, nos sentimentos; traz fenômenos, caso a caso, muito mais complexos à tona e analisa-os com profundidade jurídica, psicológica e até psiquiátrica.

O quarto valor fundamental da justiça restaurativa é a humildade, que é a característica extremamente importante de aceitar a falibilidade e a vulnerabilidade, comuns a todos os seres humanos, igualando-os em relação à paciência, tolerância e respeito.

A humildade para reconhecer essas condições humanas capacita vítimas e infratores a descobrirem que eles têm mais em comum como seres humanos frágeis e defeituosos do que aquilo que os divide nas simplistas categorias de vítima e infrator.

De fato, a humildade é um valor importantíssimo não só para a vítima e o agressor, mas também aos profissionais da Justiça Restaurativa que, segundo Zehr, como facilitadores, devem passar despercebidos ao longo do processo.

A interconexão, também, como valor fundamental, evidencia que a justiça restaurativa reconhece os laços comuns que unem a vítima e o infrator. Vale dizer que a sociedade compartilha a responsabilidade por seus membros, e pela existência de crimes, e para ajudar a restaurar as vítimas e reintegrar os infratores. O caráter social do crime faz do processo comunitário o cenário ideal para tratar as consequências (e as causas) da transgressão e traçar um caminho restaurativo para o futuro.

Não se pode deixar de citar a responsabilidade como um valor igualmente fundamental. Quando uma pessoa, deliberadamente, causa um dano a outra, torna-se

transgressor da ordem jurídica e detém uma obrigação inerente, a responsabilidade, de, no mínimo, atenuar as respectivas consequências.

O empoderamento é o poder que a justiça restaurativa busca devolver à vítima ao dar-lhes um papel ativo para determinar suas necessidades e a maneira de satisfazê-las. Isso porque o crime tira este poder das vítimas, já que outra pessoa exerceu controle sobre elas sem o seu consentimento.

Pode-se dizer que, da mesma forma, o processo restaurativo também confere um poder aos infratores para se responsabilizarem pelas ofensas que causaram, remediarem o dano da vítima e iniciarem um processo pessoal de reabilitação e social de reintegração.

Por fim, como último valor fundamental temos a esperança. Não importa quão intenso tenha sido o delito, é sempre possível para a comunidade responder de maneira a emprestar forças a quem está sofrendo. O ato não procura simplesmente penalizar ações criminais passadas, mas abordar necessidades atuais e equipar para a vida futura dos envolvidos. O processo restaurativo alimenta esperanças de cura para as vítimas, de mudança para os infratores e de maior civilidade para a sociedade.

Em síntese, nas palavras de Pallamolla,²⁴ o direito penal torna objetivas demais as partes do processo, reforçando dicotomias, ao enfatizar os papéis da vítima e do agressor, tipificando-os; e focando na retribuição de fatos passados. Tornar a punição menos imediata e mais refletida demonstra-se o grande desafio para a justiça penal de nossos dias.

Colocados todos esses aspectos, temos que a difusão da justiça restaurativa no direito brasileiro vem sendo erigida sobre novos interesses e valores que surgiram na seara jurídica, que nos demonstraram a urgência de se questionar as limitações do sistema penal atual e a necessidade de buscar, com embasamento científico, alternativas mais humanas e adequadas. Em análise última, é exatamente esse o grande mérito da justiça restaurativa, vale dizer, alcançar, em muitos casos, a pacificação das relações sociais de forma mais efetiva, a partir da ideia de atendimento dos indivíduos diretamente afetados para recolocá-los em uma circunstância melhor do que a crise em que se encontram, alça-los a uma situação ideal, desejada não só para eles, mas por todos os sujeitos de direito

²⁴ PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*.

tutelados pelo ordenamento. E isso se faz, neste particular, por meio do atendimento tanto do agressor quanto da vítima.

REFERÊNCIAS

Agência CNJ de Notícias. *Justiça restaurativa: o que é e como funciona*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em 18.12.2016.

CARVALHO, Luiza de. *Justiça restaurativa: o que é e como funciona*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em 18.12.2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GEVID - Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GEVID>>. Acesso em 18.12.2016.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GODWIN, William. *Investigacion acerca de la justicia politica y su influencia en la virtud y la dicha generales*. Buenos Aires: Americanalee, 1945.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *Justiça restaurativa*. Slakmon, C., De Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto (orgs.). Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

JESUS, Damásio E de. *Justiça restaurativa no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>>. Acesso em: 18.12.2016.

Jornal Folha de São Paulo, caderno Cotidiano. *No interior de SP, vítima adota 'ladrão de primeira viagem' que invadiu casa*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/12/1844825-no-interior-de-sp-vitima-adota-ladrao-de-primeira-viagem.shtml>>. Acesso em 28.12.2016.

Ministro Ricardo Lewandowski. *Curriculum Vitae - versão resumida*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao&pagina=RicardoLewandowskiCVresumido>>. Acesso em 31.01.2017.

MOLINAS, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Trad. por Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: Ibccrim, 2009.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). *Justiça Restaurativa. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores*.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Luis F. Gordillo. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Paracuellos de Jarama: Iustel, 2007.

SILVA, Luciano Nascimento. Manifesto abolicionista penal. Ensaio acerca da perda de legitimidade do sistema de Justiça Criminal. *Jus navigandi*, ano 7, nº 60. Teresina, nov., 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3556>>. Acesso em: 01.03.2012.

VASCONCELLOS, Jorge. *O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>>. Acesso em 18.12.2016.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Trad. por Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.