

A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

RESTAURATIVE JUSTICE: A NEW PARADIGM IN THE DEFENSE OS HUMAN RIGHTS

Andréa Flores

Doutora e Mestre pela PUC/SP e professora do programa de mestrado em Direitos Humanos da UFMS.
E-mail: andreaflores.adv@gmail.com

Melyna Machado Fialho

Mestranda no Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.
E-mail: melyna_mescouto@hotmail.com

Recebido em: 05/10/2021
Aprovado em: 22/08/2022

RESUMO: O tema do artigo é a Justiça Restaurativa como uma nova resposta ao controle social diante da prática de delitos, delimitando o estudo a partir do estímulo à autonomia interpretativa dos operadores do Direito, a fim de contribuir com a difusão da prática. Objetiva-se destacar que o sistema penal é multiportas e que a Justiça Restaurativa é uma das alternativas a ser utilizada pelos magistrados, a partir de uma análise de adequação e proporcionalidade, como meio de ressignificar a intervenção estatal, atualmente dissociada dos parâmetros de humanidade e justiça social. Optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental, com o método dedutivo, via de regra, com algumas reflexões indutivas. A necessidade de introdução de uma nova forma de fazer Justiça emerge sobre reflexões do que se espera sobre o futuro da humanidade e da análise crítica do prognóstico caso se continue a ignorar estrategicamente as vulnerabilidades do sistema convencional. Por conseguinte, desenvolver a consciência de interconexão entre os indivíduos e compreender a criminalidade como um fato que afeta a comunidade como um todo por meio das práticas restaurativas, apresenta-se como uma alternativa viável para enfrentar os desafios propostos pela pós-modernidade.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Humanização das relações sociais. Autonomia dos operadores do Direito. Construtivismo Jurídico. Direitos humanos.

ABSTRACT: The theme of the article is Restorative Justice as a new response to social control in the face of the practice of crimes, delimiting the study from the stimulus to the interpretative autonomy of the Law operators, in order to contribute to the dissemination of the practice. The objective is to highlight that the penal system is multi-ported and that Restorative Justice is one of the alternatives to be used by magistrates, based on an analysis of adequacy and proportionality, as a means of re-signifying state intervention, currently dissociated from the parameters of humanity

and social justice. We opted for bibliographic and documentary research, with the deductive method, as a rule, with some inductive reflections. The need to introduce a new way of doing justice emerges from reflections of what is expected about the future of humanity and from a critical analysis of the prognosis if we continue to strategically ignore the vulnerabilities of the conventional system. Consequently, to develop the awareness of interconnection between individuals and to understand crime as a fact that affects the community as a whole through restorative practices, presents itself as a viable alternative to face the challenges posed by postmodernity.

Keywords: Restorative Justice. Humanization of social relations. Autonomy of law operators. Legal Constructivism. Human Rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A anomia do sistema de justiça convencional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar a necessidade de implementação de uma perspectiva restaurativa no Sistema de Justiça Penal como um meio de resposta à criminalidade, para promover a paz social observando o conceito de dignidade da pessoa humana.

Nesse estudo será abordada a perspectiva construtivista da aplicação do Direito por meio da difusão de práticas restaurativas, com a finalidade de transformar o relacionamento entre os indivíduos que integram a sociedade.

Inicialmente, verifica-se, com o advento da pós-modernidade, que os indivíduos, a despeito de viverem em sociedade, comportam-se como se vivessem de forma independente, na constante busca por adequação, o que provoca os atos de transgressão da norma jurídica penal.

Com o aumento da criminalidade, a ineficácia das medidas de segregação e a incapacidade técnica de conferir tratamento digno aos ofensores e vítimas, verificou-se que o sistema de justiça reproduz a violência ao ignorar os verdadeiros afetados pelo rompimento da norma e exarar determinações por vezes dissociadas da realidade, gerando sensação de impunidade.

A tentativa de influenciar o comportamento social tem falhado ao promover o entulhamento do sistema sem produzir respostas adequadas e específicas ao contexto específico vivenciado.

Esse fenômeno do aumento da judicialização é fruto das mazelas da pós-modernidade, competindo aos operadores do direito encontrar alternativas para contornar a ineficiência do sistema convencional.

Tendo por base que a visão legalista do ordenamento jurídico não é um corpo estático, ao contrário, é um corpo em constante evolução para proteger os interesses da sociedade, e os operadores do direito possuem a autonomia de interpretar o sistema de forma estratégica, questiona-se o motivo pelo qual a Justiça Restaurativa não foi devidamente incorporada na prática forense, uma vez que o crime representa uma situação de inadequação social e as práticas restaurativas visam justamente recompor o tecido social, mediante o diálogo, a compreensão e o respeito entre os indivíduos.

A partir de uma análise teórica é possível investigar as dificuldades verificadas para aplicação do instituto, e os benefícios que poderiam ser colhidos em todos os aspectos da vida em sociedade, caso valores comunitários fossem incorporados pelos indivíduos.

Diante dessa problemática, objetiva-se destacar a importância da Justiça Restaurativa como integrante de um sistema multiportas, voltado à reconexão do tecido social rompido pela prática de crimes.

Assim, justifica-se o estudo em razão da relevância dos valores que se busca manter protegidos com a transformação da realidade, ou seja, em razão da necessidade do direito se atentar

e adequar às novas necessidades de proteção social que surgem, ainda que no plano da aplicação do direito.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, utilizando-se de estudos jurídicos especializados na nanotecnologia, estudos científicos transversais, doutrinas, literatura contemporânea sobre pós-modernidade, bem como, normas constitucionais.

1 A ANOMIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CONVENCIONAL

No Brasil, nosso Direito Penal visa, ao menos declaradamente, a proteção dos bens jurídicos escolhidos politicamente e inseridos na lei com previsão de sanção, de forma impessoal e genérica, como sinônimo de uma suposta neutralidade Estatal.

A organização de nosso sistema estabeleceu que a vida humana em sociedade dependeria de proteção em vários aspectos (vida, segurança, liberdade, honra e etc) e que o Direito Penal seria o responsável por desencadear as mais severas consequências previstas no ordenamento jurídico. Todavia, diante do teor da Constituição Federal que instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito, com a previsão de direitos fundamentais aos indivíduos para limitar a atuação estatal, estabeleceu-se que a proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal seria apenas subsidiária.

Ocorre que com o passar dos anos e devido à forma de aplicação das leis penais concluiu-se que existiria um descompasso entre a finalidade do direito penal supostamente neutra com a sua função prática permeada pela natureza das relações sociais mantidas na modernidade.

As normas positivas e negativas inscritas no Código Penal sistematizador passariam a ser aplicadas no afã de controlar o comportamento dos indivíduos, contribuindo assim para a manutenção da paz na sociedade.

O objetivo real então da lei penal estaria calcado na tese do construtivismo, por meio da qual partilha-se a crença de que o direito possui o condão de influenciar o comportamento das pessoas na sociedade.

Ana Lúcia Sabadell (2017, p. 91) afirma que para os partidários dessa teoria o direito seria então:

um instrumento de governo, cuja criação e aplicação permitem proteger determinados interesses e impor padrões de comportamento, mudando a sociedade. Assim sendo, direito apresenta-se como ferramenta que permite construir (e mudar) a própria sociedade.

Não se ignora que normas jurídicas são heterônomas, estabelecidas pelos detentores do Poder e se justificam pela necessidade de limitar os desejos e direitos individuais, em nome de uma unidade política e social.

Entretanto, o que se viu com o passar dos anos, em especial a partir do Séc. XXI, foi um descompasso entre as normas jurídicas estabelecidas e o Estado Neoliberal responsável pela implantação de uma verdadeira sociedade de risco, produto da pós-modernidade ocidental.

O capitalismo acabou por estabelecer uma limitação clara entre os detentores do poder econômico e os trabalhadores ávidos pelo consumo dos bens produzidos de forma intermitente. Esse modelo de acumulação de capital ou mesmo a busca interminável por alcançar patamares mínimos de sobrevivência produziu efeitos sociais ainda não assumidos pelo Direito. Pois o isolamento dos indivíduos desconstruiu a noção de comunidade, afetando diretamente o Poder Judiciário, órgão responsável pela interpretação e aplicação das normas e seu ideário de garantir o acesso à Justiça.

Vivemos em uma sociedade em que grande parte de seus integrantes se comportam a partir de posturas individualistas, buscando sempre maximizar felicidade e a satisfação pessoal em detrimento do todo.

Esta noção diretamente ligada aos conceitos utilitaristas provocou de certa forma a vulnerabilidade dos direitos fundamentais, pois quando a sociedade pós-moderna estimula a apropriação de bens e riquezas também provoca como efeito reverso a violação de normas de decência e de respeito no trato humano.

Segundo Boaventura de Souza Santos (2007, p.28):

A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemónico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declara efectivamente como não-existente o estado de natureza.

Aliado ao processo social movido pela modernidade se constatou o aumento na prática de crimes, muitos deles motivados pela discrepância entre o estímulo à acumulação de bens, fruição de direitos mínimos à vida digna ou ainda a satisfação de desejos pessoais e a impossibilidade da maioria dos indivíduos de atingi-los utilizando os meios legítimos.

A resposta aos desvios dos membros da sociedade vem sendo tratada durante anos das mais diversas formas como meio de paralisar a escalada de violência na modernidade, dentre elas: o aumento crescente de prisões como mecanismo de neutralizar o indivíduo tido por inadequado, definição de novos tipos penais, recrudescimento das penas aos crimes já previstos e etc.

A simplicidade com que o problema fora tratado, ignorando a própria teleologia do surgimento das prisões como método excepcional, já antecipava o passo seguinte, pois a despeito da previsão legal de medidas restritivas, seria necessário a atuação do Poder Executivo, com as construções dos estabelecimentos onde essas pessoas ficariam segregadas, o que não ocorreu na medida em que se demandavam por mais vagas.

Com efeito, em razão de obstáculos materiais constatados após insistência institucional e acumulação de pessoas em locais inapropriados verificou-se que a prisão talvez não seria a solução adequada para a situação de crise.

Tangenciando o problema, o Poder Público optou por criar alternativas aleatórias sem o cuidado de promover a devida sistematização, desnaturando assim o véu da unidade, que já não existia. Neste contexto, criaram as penas restritivas de direitos e, posteriormente, os institutos despenalizadores incluídos na lei dos Juizados Especiais, como a transação penal, composição civil, e a suspensão condicional do processo.

O estado de inércia política frente à situação bem delineada estimulou intensas discussões doutrinárias, com apresentação de inúmeras soluções que envolviam mudanças de paradigmas e a própria recontextualização do Direito Penal, dentre elas o surgimento dos defensores do abolicionismo penal, direito penal mínimo, críticos da seletividade do Direito Penal e os movimentos das vítimas que exigiam a ocupação de um lugar central em detrimento do próprio Estado.

Entretanto, o tempo transcorrido desde que as medidas foram implantadas trouxe à tona a vulnerabilidade e o desajuste do sistema, pois o Direito havia deixado claro que os sistemas de contenção não funcionavam a ponto de melhorar a vida em sociedade, e pior, acabavam por proporcionar aos transgressores experiências de desumanização e desconstrução para o retorno à comunidade incrementando posturas de violência necessárias à sobrevivência ao cárcere.

Neste momento houve a constatação de que o acesso à justiça, tido como o mais básico dos direitos humanos, também fora maculado.

Impende consignar que prevalece a acepção ampla do termo, incluindo a compreensão de que a Constituição Democrática garante não apenas o acesso aos órgãos da justiça por meio da apresentação de demandas, mas também o acesso à ordem jurídica justa, que inclui a concretização de direitos na realidade social (WATANABE, 1988).

Somado aos elementos de cunho geral tem-se ainda que os mecanismos instrumentais de aplicação da lei ignoraram a figura da vítima, que embora afetada diretamente pela ação delituosa foi relegada à função secundária de prova, sugada pela centralização do Poder nas mãos do Estado, que usurpou sua posição de ofendido como sujeito passivo da norma.

Destarte, a Justiça Penal Retributiva em sua tônica desajustada aos avanços da modernidade e aos problemas surgidos desde a implementação do capitalismo fez nascer a anomia tida como verdadeira crise de legitimidade do sistema jurídico penal.

A severidade do problema não foi bem captada pelos operadores do Direito, uma vez que se o indivíduo não teme a incidência da lei e aceita se submeter ao risco da prisão, perde-se os referenciais que justificavam a renúncia de prerrogativas pela sociedade em nome da segurança de que um regramento uno conteria a natureza do homem, rompendo o contrato social tal como esboçado por Hobbes, ao escrever *Leviatã*.

A disfunção está representada pela ruptura do conceito de paz positiva, em que a sociedade, mesmo vivendo formalmente na ausência de um estado de guerra, experimenta a duras penas um contexto de inexistência de Justiça Social.

Paradoxalmente, na prática, alinhado com o aumento da criminalidade verificou-se a busca desenfreada pela judicialização dos conflitos, motivada pela degradação das dinâmicas sociais, o que gerou um acúmulo de processos criminais, e a necessidade de gestão judicial da produtividade nem sempre ligada com fatores qualitativos, ante a ignorância estratégica dos operadores do direito.

Zaffaroni (2001, p. 29) ao analisar as controvérsias estruturantes do discurso adotado pelos juristas, declara que:

A perversão do discurso-jurídico penal caracteriza-o como um ente que se enrosca em si mesmo de forma envolvente, a ponto de imobilizar frequentemente seus críticos mais inteligentes, especialmente quando estes possuem alguma relação com a prática dos órgãos judiciais e com a necessidade de defesa concreta e cotidiana dos direitos humanos na operacionalidade desses órgãos. Dessa maneira, a perversão é a característica que cristaliza a dinâmica discursiva do discurso jurídico-penal, apesar de sua evidente falsidade. (...) A crítica não conjuntural ao sistema penal é percebida, portanto, como uma ameaça aos direitos humanos, no âmbito do órgão judicial.

Neste contexto, a profusão de litígios criminais demonstrou a vulnerabilidade do sistema convencional, em especial sua falibilidade operativa em amplo espectro - o desamparo da vítima e a autocentralidade do processo criminal elencando o Estado como principal ator da dinâmica institucionalizada- refletiram na forma de aplicação do Direito, dando ênfase à postura legalista dissociada da busca pela satisfação das necessidades da população, no auxílio do desenvolvimento de uma ética de solidariedade.

A partir de então seria necessário como autocrítica reconhecer que é impossível atuar com eficiência para conter as disfunções ocorridas na sociedade e que simplesmente refletem as mazelas do capitalismo, por meio do sistema penal convencional, pois para obter resultados satisfatórios a ponto de reduzir a criminalidade, far-se-ia necessário reconhecer a existência em sede penal da funcionalidade de um sistema multiportas, voltado à provenção e não apenas prevenção de delitos propriamente dita.

A provenção estaria ligada à transformação da realidade, remoção de obstáculos que levam à prática de crime, ainda que exijam a refundação da sociedade e os valores que deveriam nortear seus indivíduos. Ao passo que a prevenção estaria ainda ligada ao uso de aparatos de demonstração do poder coercitivo do Estado, para produzir efeitos dissuasórios.

Este panorama viabiliza o exercício de um raciocínio crítico individual a partir dos casos, conferindo autonomia aos magistrados e operadores do Direito para, por meio da máxima do

engajamento da realidade e a regulação responsiva estatal, acionar as portas adequadas, a fim de recompor as relações entre os indivíduos.

Tal premissa é essencial para resgatar a legitimidade do sistema jurídico como um todo, pois a centralização na esfera penal tem sido responsável pela impossibilidade prática de concretização dos direitos humanos e a aplicação sistemática do direito (por meio do juízo de subsunção) ignorando a realidade posta com a conduta desviante que contribui para o aumento da violência no corpo social.

Com o balanceamento das distribuições, o Estado, por meio da aplicação da sanção penal, não deteria mais o monopólio prioritário na resolução dos conflitos, o que garantiria a efetivação do princípio da fragmentariedade do Direito Penal, além de estimular a retomada da resolução das situações conflituosas aos particulares, por meio do diálogo, assunção de responsabilidades e exaltação do princípio da dignidade da pessoa humana – reconhecendo que vítima e réu são sujeitos de direitos que merecem ser respeitados e validados.

A Justiça Restaurativa surge como um método de resgate de dignidade e redefinição do papel de todos os operadores do Direito, por meio do desenvolvimento de uma consciência jurídica, baseada na compreensão das funções que cada um desempenha na sociedade.

A introdução da perspectiva restaurativa seria uma forma de resposta alternativa ou complementar à prática de crimes para promover uma cultura de paz e estimular a participação da sociedade na construção de um plano de responsabilidade em resposta ao delito a partir de uma perspectiva individualizada dos efeitos do crime, reconstruindo o tecido social.

Parte-se do pressuposto que o próprio amadurecimento da cidadania passa pela formação de uma cultura de autonomia para resolver os conflitos e exercer a autodefesa de direitos (CAMPILONGO, 2011).

A adoção desse paradigma qualitativo assegura que se alcance um resultado mais justo, democrático e humano, na condução das relações humanas, com possibilidade de produção de efeitos extraprocessuais, uma vez que o estímulo à oitiva participativa contribui para a convivência comunitária em todos os seus níveis (vida familiar, trabalho e etc).

A filosofia do instituto não é retribuir com punição àquele que infringiu a lei penal, mas sim restabelecer as relações rompidas pela ofensa perpetrada na busca pelo equilíbrio da comunidade.

Para Howard Zehr (2008, p. 207),

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras.

Verifica-se que a Justiça Restaurativa pretende fazer emergir o senso comunitário prejudicado com o individualismo contemporâneo, a partir da premissa de que a vida em sociedade implica na compreensão de que os indivíduos estão interligados, independentemente da vontade, e que o crime seria o rompimento de um vínculo que precisa ser trabalhado sob pena de prejudicar a comunidade com um todo – senso de desequilíbrio natural.

Não se sabe ao certo quando se deu o nascedouro da Justiça Restaurativa na modernidade, as ideias iniciais de construção teórica surgiram no final dos anos 70 e início dos anos 80, aproveitando o momento de reconstrução e defesa dos direitos humanos no pós-guerra.

As práticas inicialmente estabeleceram premissas mínimas dissociadas de qualquer estruturação teórica e visavam, basicamente, o empoderamento da vítima, alcançar a veracidade dos testemunhos, obter respostas, viabilizar o ressarcimento dos danos e até mesmo conceber uma sensação de segurança.

A partir desses elementos, segundo o inglês Tony Marshall (1996, p. 37) “*Justiça Restaurativa é um processo pelo qual todas as partes envolvidas em um delito reúnem-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro*”.

Para os partidários do dogmatismo a definição acima pouco ou nada esclarece, já que não possui o condão de individualizar com a precisão esperada o novo instituto. Ocorre que a suposta insegurança jurídica não merece prosperar pois não estamos diante de um procedimento delimitado, objetivo e neutro apto a atender todo e qualquer conflito, pelo contrário, o ideal restaurativo se utiliza de métodos flexíveis a depender das necessidades do caso concreto.

O importante na verdade para sua identificação é a verificação dos valores empregados, dentre os quais estão: a) possibilitar o encontro entre os envolvidos para explorar as repercussões pessoais, materiais, morais do crime; b) buscar a reparação pelos danos provocados após a responsabilização do ofensor que pode ocorrer tanto por meio de valores monetários, ou ainda a exigência de mudança de comportamento para o futuro, trabalho voluntário, pedido de desculpas; c) garantir a reintegração à comunidade tanto do ofensor quanto da vítima, ambos estigmatizados pela vivência do delito; d) a utilização da inclusão como método de atuação, com a participação ativa no procedimento, garantindo uma escuta qualificada.

Logo, toda a prática que se utilize dos valores acima mencionados possui o potencial restaurativo.

Ocorre que além dos valores, a própria estruturação da Justiça Restaurativa está fulcrada na posição do indivíduo na sociedade e como sua maneira de agir pode ser alterada a partir dos estímulos fornecidos pela coletividade que ele integra.

Tal premissa abrange um dos principais pilares da Justiça Restaurativa, qual seja a “teoria da vergonha reintegrativa” ou “theory of reintegrative shaming”, proposta por Jonh Braithwaite em seu livro “Crime, Shame and reintegration” (1999).

O aludido autor defende que após a prática do crime as reações assumidas contra o ofensor podem lhe inculcar um sentimento de vergonha. Entretanto, a vergonha por si só não é suficiente para controlar os atos de violência, pois a depender do estímulo a vergonha poderá ser positiva ou negativa. A primeira seria intitulada de reintegrativa, uma vez que auxiliaria o ofensor a se reconectar com a comunidade reconhecendo o equívoco de seus atos. A segunda, por sua vez seria desintegrativa, capaz de isolar o indivíduo, estigmatizando-o e induzindo à prática de novos crimes, por fazê-lo entender que não pertence à comunidade.

Segundo Braithwaite:

*“shame operates at two levels to effect social control. First, it deters criminal behavior because social approval of significant others is something we do not like to lose. Second, and more importantly, both shaming and repentance build consciences which internally deter criminal behavior even in the absence of any external shaming associated with offense. Shaming brings into existence two very different kinds of punishers - social disapproval and pangs of conscience.”*¹

¹ Tradução livre: “a vergonha opera em dois níveis para realizar o controle social. Primeiro, impede o comportamento criminoso porque a aprovação social de outros significativos é algo que não gostamos de perder. Segundo e mais importante, tanto a vergonha quanto o arrependimento constroem consciências que impedem internamente o comportamento criminoso, mesmo na ausência de vergonha externa associada à ofensa. Vergonha traz à tona existência de dois tipos muito diferentes de punição - desaprovação social e dores de consciência.

Em nosso sistema penal convencional a vergonha estigmatiza o ofensor, atribuindo-o a pecha de pessoa má, adjetivo esse que o acompanha por toda a vida, o que inviabiliza sua reintegração à comunidade e acaba estimulando sua agregação com outros transgressores da ordem, como mecanismo de pertencimento.

Zehr (2008, p. 176) de forma bem elucidativa esclarece que “*a vergonha reintegradora denuncia a ofensa, mas não o ofensor, e além disso oferece um caminho de volta. Através de medidas como o reconhecimento do mal feito e ações para corrigir as coisas, o ofensor é capaz de voltar a ter respeito por si mesmo e ser aceito na comunidade.*”

A vergonha reintegrativa é, portanto, verdadeira condição de eficácia do sucesso da prática restaurativa e depende da implantação de um raciocínio voltado à noção de comunidade, caso contrário não surtirá efeito a ponto de provocar mudanças na sociedade.

Prosseguindo na análise da sistematização, verifica-se que a Justiça Restaurativa assumiu o papel de resgatar a humanidade do sistema penal, cujo retrocesso era facilmente detectado pelo mundo todo, não sendo uma exclusividade do Brasil.

A amplitude global do tratamento equivocado dos conflitos acabou provocando a criação de um corpo sistematizado e coerente de normas internacionais, com princípios, objeto e metodologia tratando da Justiça Restaurativa, até mesmo para difundir sua prática pelo globo.

Destarte, até mesmo pelo conservadorismo da Justiça Criminal as primeiras notas declaratórias de existência e validade da Justiça Restaurativa nasceram do plano internacional.

Inicialmente a Resolução nº40/34 de 1985 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que tratou dos direitos das vítimas da criminalidade e abuso de poder, trouxe de forma bem singela algumas premissas desmistificadoras do sistema convencional, como a necessidade de tratamento digno da vítima, prioridade de reparação de danos, oitiva qualificada da vítima com sua participação ativa nos rumos do procedimento e ainda, autorizou a utilização de meios consensuais, inclusive práticas de direito consuetudinário e autóctones de Justiça desde que verificada a pertinência pelo julgador.

Percebe-se que a partir de uma interpretação construtivista e considerando o princípio da máxima efetividade desde então existiria um sólido arcabouço autorizando a busca pela Justiça Social por meio do sistema multiportas.

Posteriormente, a Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999 da ONU, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, declarou a pertinência no desenvolvimento do tema e requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal a formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa.

Por fim, e mais importante, tem-se a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, que estabeleceu princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, trazendo parâmetros fundamentais para compreensão do instituto, senão vejamos:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencingcircles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais

e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

(...)

II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional 7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais. (Resolução 2002/12)

No plano interno importante consignar a regulamentação do Conselho Nacional de Justiça por meio das Resoluções nºs 125/2010 e 225/2016, sendo essa última mais específica com a reprodução de algumas diretrizes da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico Social da ONU.

A leitura da Resolução 225/2016 do CNJ destaca a importância da Justiça Restaurativa como uma forma de resposta às demandas sociais, objetivando a promoção da paz social, e o afastamento da premissa equivocada de abolicionismo do sistema convencional, ressaltando que o prática restaurativa por ocorrer tanto de forma alternativa quanto concorrente ao processo penal regular.

Os princípios também indicados na normativa são consectários lógicos da aplicação regular do mecanismo como a: corresponsabilidade, reparação dos danos, atendimento às necessidades dos envolvidos, informalidade, voluntariedade, imparcialidade, participação, empoderamento, consensualidade, confidencialidade, celeridade e urbanidade – e precisam ser observados para garantir o enquadramento da prática como sendo restaurativa, sob pena de desvirtuar o instituto.

Por óbvio que algumas das características apontadas já viabilizam a compreensão que a Justiça Restaurativa não visa substituir o sistema punitivo convencional, tanto que na regulamentação pelo CNJ restou expresso que o sistema pode ser complementar, nos casos em que não houver a consensualidade, a assunção de responsabilidades pelo ofensor, ou ainda quando a própria natureza do crime e a periculosidade do ofensor não recomendarem o uso da prática restaurativa.

Nestes casos, haverá sim o acionamento do sistema penal convencional com a deflagração de processo criminal para aplicação da sanção penal adequada.

O questionamento central parte da análise do motivo pelo qual a Justiça Restaurativa não vem sendo aplicada na prática como medida prioritária no tratamento dos conflitos criminais, apesar de sua utilização ser estimulada e laureada por orientações internacionais, dando inclusive azo a mudanças legislativas em diversos países.

Neste ponto temos diferentes referenciais: a) existe a aplicação complementar da prática restaurativa que reconhece a importância de recomposição do tecido social rompido pelo crime mas não afasta a incidência da punição pelo sistema convencional como ocorre em crimes graves com penas elevadas, envolvendo violência ou grave ameaça; b) há ainda a aplicação da Justiça Restaurativa como alternativa apta a evitar a utilização do sistema convencional afastando a busca pela culpabilidade do ofensor.

As objeções do uso complementar da Justiça Restaurativa estão relacionadas à visão utilitarista do instituto. Parte-se da premissa de que se ela não excluiria a incidência do sistema convencional, sendo útil na redução dos processos judicializados, de nada adiantaria sua deflagração.

A própria noção de que os interesses pela prática restaurativa e a busca pela construção de uma cultura de paz não podem ser mensurados de forma objetiva, a partir da tônica do custo-benefício, já afastaria o empecilho. Entretanto, racionalmente, entende-se que a aplicação complementar pressupõe a consolidação da prática no sistema, o que certamente ainda não ocorreu.

Ademais, verifica-se uma desvirtuação da compreensão da Justiça Restaurativa complementar, ignorando-a quando ela não produz efeitos benéficos no sistema convencional, até mesmo pela confidencialidade que lhe é imposta. Logo, a ausência de benefícios jurídicos (redução de pena, exclusão da culpabilidade, afastamento da incidência da lei penal) contribui para o desestímulo na adesão pelos ofensores, e acionamento pelos operadores.

Por sua vez, a utilização da Justiça Restaurativa como medida apta a excluir a aplicação de pena possui objeções dogmáticas enraizadas pelo legalismo que reinou por anos na formação dos profissionais do Direito.

Embora não seja possível afirmar no plano nacional, por certo que no Estado de Mato Grosso do Sul a maioria dos magistrados atribui como óbices à adoção prioritária da Justiça Restaurativa: 1) a ausência de previsão legal específica recortando os delitos que estariam sujeitos às práticas restaurativas; 2) o princípio da inafastabilidade da jurisdição penal e sua sujeição absoluta ao princípio da legalidade como garantia da segurança jurídica e impessoalidade dos encaminhamentos; 3) o princípio da indisponibilidade da ação penal, que obriga o ajuizamento da ação penal nos casos em que existirem os requisitos legais – indícios de autoria e materialidade; 4) inexistência de servidores capacitados para realização dos círculos, conferências e mediações, sobretudo no interior no Estado; 5) adoção de um modelo gerencialista no Poder Judiciário que abrange a exigência de resultados numéricos, cumprimento de metas nacionais, corte orçamentário; 6) incredulidade sobre a eficácia da Justiça Restaurativa, vista como uma verdadeira utopia em nossa sociedade capitalista; 7) celeridade processual e imprevisibilidade do lapso temporal de resolução do processo.

Todos os fatores contribuem em maior ou menor medida para o desinteresse na difusão da Justiça Restaurativa pelo Estado de Mato Grosso do Sul, tanto em caráter preventivo independentemente da existência de processos ativos (Disciplina Restaurativa nas Escolas), quanto incidentalmente à documentação do ato (por meio do BO's distribuídos, ações penais deflagradas, e representações infracionais oferecidas),

Atualmente, a Justiça Restaurativa no Estado de Mato Grosso do Sul atua estritamente na área da infância e juventude, e vem sendo aplicada apenas na cidade de Campo Grande, seja preventivamente a título de disciplina restaurativa nas escolas por meio de convênios firmados entre Estado e Município com o Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Infância- como repressivamente com o encaminhamento dos processos envolvendo crianças e adolescentes autores de atos infracionais, pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude de Campo Grande para a realização de círculos restaurativos nos termos da abertura normativa do art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 35, III da Lei nº 12.594/12.

Em relação aos delitos praticados por imputáveis não existe qualquer projeto de Justiça Restaurativa, nem mesmo previsão para implantação em andamento, seja na Capital do Estado ou em alguma das 69 varas do interior com competência mista ou criminal do interior.

Os empecilhos apontados poderiam ser facilmente suplantados caso houvesse a criação de uma verdadeira política pública criminal voltada à priorização da Justiça Restaurativa, estimulando de forma mais contundente a mudança paulatina das lentes paradigmáticas dos operadores do Direito – em especial Juízes, Promotores e Advogados/Defensores Públicos, a fim de aproximar a intervenção da Justiça da realidade social.

Por certo que até para os mais conservadores partidários de uma visão estritamente legalista existiria abertura para a aplicação de práticas restaurativas na esfera criminal, notadamente se ponderarmos que o sistema jurídico deve ser apreciado de forma sistemática considerando as regras e princípios que o integram.

Com efeito, na seara penal é preciso compreender que o princípio da legalidade visa impedir a criação de normas penais incriminadoras sem lei em sentido estrito, e, não visa ao menos diretamente, impedir que sejam utilizados outros métodos de condução dos conflitos, desde que observados em conjunto a incidência dos princípios da proporcionalidade em relação ao delito cometido, responsabilidade e ofensividade através da autonomia interpretativa do aplicador da lei.

Da mesma forma que existe o princípio da indisponibilidade/ obrigatoriedade da ação penal defendendo que a propositura pelo Ministério Público é indispensável sempre que houver provas suficientes a tanto, e, não existindo óbices à atuação do órgão acusatório, persiste simultaneamente em nosso sistema, como orientadores da própria intervenção estatal nas relações, os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade e justa causa.

O Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades já declarou que o reconhecimento da ausência de justa causa não viola a cláusula constitucional de monopólio do exercício da ação penal prevista no art. 129, I da Constituição Federal [RE 583.443, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 6-6-2013, P, *DJE* de 22-5-2014, Tema 154].

Aliado aos princípios de ordem específica penal, tem-se que a interpretação engajada com a realidade autorizaria a ponderação evitando a aplicação de punições que ao final tornar-se-iam ineficazes, porque não cumpridas pelos ofensores ou não aplicadas dignamente pelos órgãos encarregados da segurança pública, dando expressividade ao seu descrédito e vulnerabilidades.

A própria lei estabelece algumas aberturas interpretativas como se observa dos artigos 72, 77 e 89 da Lei dos Juizados Especiais, que tratam respectivamente da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo; o art. 94 do Estatuto do Idoso; os artigos 113 e 131 da Lei de Execução Penal - condições do regime aberto e livramento condicional; art. 28-A do Código de Processo Penal e art. 77 do Código Penal, que versam sobre o acordo de não persecução penal e suspensão condicional da pena.

A aplicação conjunta desses institutos de uso regular com a Justiça Restaurativa promoveria a construção de um plano de responsabilização mais individual e justo (para ofensor e vítima), além de garantir a introdução de um novo parâmetro relacional não violento, com participação ativa dos envolvidos.

Na prática, os operadores do Direito no afã de alcançar resultados numéricos cada vez maiores têm optado por apresentar proposta padrão de composição civil e transação penal, além da imposição de condições fixas para concessão de benefícios a fim de resolver o processo, abstraindo da função de contribuir para a difusão de uma cultura pacificadora das relações sociais. Tal prática tem provocado inconformismo aos que defendem uma posição construtivista do direito em detrimento do exercício prioritário do papel de gestor judicial

A resistência dos profissionais do Direito também sustentava que os dispositivos da Lei dos Juizados (composição e transação) abrangiam um recorte de crimes punidos com pena máxima não superior a dois anos, logo, a previsão de práticas restaurativas (consensuais) só alcançariam os delitos de menor potencial ofensivo, vigorando para os demais os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

Neste ponto, reitera-se que referidas máximas devem ser interpretadas de forma sistemática, pois seria admissível encaminhar um procedimento investigatório à Justiça Restaurativa e caso o resultado fosse satisfatório/proporcional para responder ao crime perpetrado, o Ministério Público, com substrato na ausência de justa causa, ante a desnecessidade de nova intervenção, deixaria de ajuizar a ação penal, o que contribuiria para o reequilíbrio do sistema penal convencional hoje abarrotado de demandas que poderiam ser resolvidas pelos envolvidos de forma restaurativa.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) ampliou o recorte normativo, admitindo o oferecimento de acordo de não persecução penal aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 04 anos,

desde que se verifique a assunção de responsabilidade (confissão), e a aceitação das condições indicadas nos incisos de I a V.

O aludido dispositivo mais uma vez exterioriza a visão paternalista e centralizadora do Estado no tratamento dos delitos, já que exclui a vítima da confecção da proposta, sendo sua figura lembrada apenas para fins de intimação do resultado.

No entanto, além do instituto viabilizar a deflagração da Justiça Restaurativa para se alcançar um plano de responsabilização dentro do contexto específico de cada crime, ainda se verifica a possibilidade de se utilizar dos parâmetros conferidos em lei (pena do crime e circunstâncias) para a utilização prioritária de práticas restaurativas sem o oferecimento do acordo como o nome jurídico que lhe fora atribuído, nem tampouco do procedimento específico que ele dispõe.

Constata-se então, que a narrativa construída por meio de recursos a formas abstratas do Direito, em especial a escolha de determinados princípios em detrimento de outros, não mais corresponde aos anseios da intervenção estatal, sobretudo da severidade do Direito Penal.

A neutralidade e a adoção automática do sistema convencional ainda que com o objetivo de produzir números estatísticos não pode corresponder isoladamente à eficiência pois não contribui em determinados casos para a construção de uma sociedade pacífica, igualitária e que respeita a dignidade da pessoa humana.

Deparamo-nos com um instrumento que em nada se assemelha ao abolicionismo estatal, pois em seus princípios norteadores já concebe a máxima de que determinados crimes e agentes, devem, de acordo com a proporcionalidade, receber a resposta que melhor se adequa à recomposição do tecido social.

Paradoxalmente, reivindicam-se, o respeito às normas jurídicas em vigor, com seu bloco em conceito amplo, a abranger inclusive normativas internacionais, para, por meio da Justiça Restaurativa em seus diversos mecanismos – círculos, conferência, mediação vítima e ofensor –, modificar a forma como as relações sociais se desenvolvem e afetam o senso de comunidade dos indivíduos na busca pela paz.

CONCLUSÃO

Refletir sobre a necessidade de incorporação da Justiça Restaurativa em nosso sistema é pensar em garantir a própria sobrevivência pacífica dos indivíduos em sociedade e assegurar o reencontro da forma de aplicação do Direito com a realidade.

Entretanto, a ausência de autorização legal específica com definição dos contornos impessoais e genéricos a incidir para todos os casos têm atribuído à Justiça Restaurativa a pecha de instituto idealista, sem qualquer aplicação prática.

A partir do aumento progressivo da criminalidade, a ausência de mecanismos capazes de controlar a ação social e a desumanização das formas de intervenção estatal, alcançou-se um estado de anomia jurídica.

Por esse motivo a matéria se torna relevante aos aplicadores da lei, uma vez que neste cenário é necessário possuir inteligência estratégica e exercer a autonomia interpretativa conferida pela Constituição, a fim de reconhecer que existe um sistema multiportas (policentrismo sistêmico) e que ele precisa ser acionado a depender do caso concreto.

A busca pela cultura de paz como condição de vida digna em sociedade exige a adoção de diferentes mecanismos, a fim de preservar a eficácia do sistema penal convencional. Como efeito, a própria atuação do Poder Judiciário deve ser totalmente engajada com a realidade, sob pena de contribuir para perpetuação das relações de violência estimuladas em muitos casos pela pós-modernidade e o estilo de vida individualista com sobreposição de relações de poder dos detentores do capital.

É preciso autocrítica para reconhecer que a incidência da lei penal obrigatoriamente em todos os casos levados à conhecimento das autoridades ignora o impacto dos crimes na vida das vítimas, desumaniza os indivíduos – vítima e ofensor- prioriza o processo em detrimento da verdadeira responsabilização pelo ato perpetrada e desconstrói as relações comunitárias.

Neste sentido, assumir os problemas existentes legitima a implantação efetiva de novas alternativas no combate da criminalidade, como a perspectiva restaurativa, que visa estimular a responsabilidade enfatizando a empatia com a vítima e a reparação concreta dos danos.

Para tanto, aqueles que operam o sistema devem se utilizar de seu lugar especial de manifestação, estimulando de forma efetiva, como verdadeira política pública judiciária penal, a implantação da Justiça Restaurativa com prioridade na construção de uma sociedade justa e pacífica.

Prosseguir com manifestações autômatas sob o argumento de estar atendendo a lei garante por vezes a eficiência quantitativa, entretanto ignora o papel do Poder Judiciário de por meio de suas manifestações influenciar o comportamento das pessoas na sociedade.

A aplicação do paradigma restaurativo exige a introdução de um raciocínio jurídico voltado a uma nova maneira de lidar com os atos lesivos, estimulando a participação ativa dos envolvidos, em especial da vítima, através da mediação, conferências e círculos.

O ordenamento jurídico interpretado de forma sistemática permite a introdução da Justiça Restaurativa na prática forense, entretanto sua difusão depende da compreensão crítica de que a sociedade merece uma resposta condizente com a realidade.

Permanecer defendendo a centralização das soluções de conflitos pelo Direito Penal não é mais uma opção, uma vez que as sociedades contemporâneas são plurais, complexas e demandam o exercício constante da habilidade de lidar com as divergências para evitar sua própria extinção.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge University Press, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARSHALL, Tony. *The Evolution of restorative justice in Britain*. *European Journal on Criminal Policy Research*, Heidelberg: Springer, v. 4, n. 4, p. 21-46, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – 16ª ed.*- Rio de Janeiro, Forense, 2020.

PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

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

SABADELL, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica – 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estud. CEBRAP*, v.7, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZERH, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.