

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LAÍS DE CARVALHO ABREU

**ENQUADRAMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA
TEORIA DE JUSTIÇA SUSTENTADA POR JACQUES
DERRIDA: A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO
VISANDO O FIM DAS MAZELAS CRIADAS PELA JUSTIÇA
RETRIBUTIVA VIGENTE**

VITÓRIA
2018

LAÍS DE CARVALHO ABREU

**ENQUADRAMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA
TEORIA DE JUSTIÇA SUSTENTADA POR JACQUES
DERRIDA: A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO
VISANDO O FIM DAS MAZELAS CRIADAS PELA JUSTIÇA
RETRIBUTIVA VIGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito parcial para obtenção do
diploma orientada pelo Prof. Me. Gustavo
Senna Miranda.

VITÓRIA
2018

À todos os indivíduos marginalizados da sociedade que sofrem com todas as formas de discriminação, inclusive do Estado que deveria auxiliá-los.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à Deus, que me concedeu o benefício da vida, e que com todo o seu amor, me protege durante toda a minha jornada acadêmica.

Aos meus pais, por terem me dado a oportunidade de estar aqui hoje, apesar de todas as dificuldades enfrentadas, e por sempre terem me apoiado em minhas escolhas e me amado incondicionalmente.

Ao meu orientador, que se demonstrou acessível em todos os momentos, ensinando e dando suporte para a elaboração do presente trabalho.

Aos meus amigos e aos demais familiares, pela compreensão e por terem tornado mais leve e divertido o dia-a-dia dessa jornada.

À Faculdade de Direito de Vitória – FDV, por disponibilizar o ensinamento de profissionais preparados, que foram fundamentais para a realização do presente trabalho.

“A justiça reconstrutiva atribui um rosto novo à justiça: reconstruir a relação no que ela tem mais de concreto. Tem como vizinhos homens de carne e osso, não a lei! E é necessário reparar o que faz cidade entre os homens ao nível mais quotidiano (a mediação) até ao mais fundamental, nomeadamente após um traumatismo histórico como o do apartheid. ”

- Antoine Garapon

RESUMO

O presente trabalho visa criticar a justiça penal que segue a lógica punitiva e que vigora em toda a sociedade ocidental contemporânea, possibilitando assim se levantar a hipótese de adoção da lógica da justiça restaurativa para se conceder maior justiça ao sistema penal. Para se alcançar tal objetivo, pretende-se expor os problemas que o sistema que adota a justiça retributiva ocasionou à sociedade durante os séculos em que prevaleceu, englobando os problemas de apropriação do poder de resolução de conflitos por parte do Estado, excluindo-se assim as vítimas do processo penal e ainda protagoniza a questão sobre condenação discriminatória do Estado, que busca retirar da sociedade indivíduos marginalizados, pessoas essas que, na verdade, são de sua responsabilidade do próprio Estado por não ter prestado os devidos auxílios aos necessitados previsto constitucionalmente, podendo tais indivíduos apenas cometer infrações no intuito de sanar a ausência da prestação estatal de suas vidas. Tais problemas cumulados ocasionam o excesso de demandas penais no Poder Judiciário, tornando-o moroso e caro, e isso somente em razão de satisfazer os interesses do próprio Estado. Diante dessa realidade, verifica-se que a única opção que existe para se contornar tais mazelas é por meio da implementação de programas restaurativos, que aproximam a vítima, o autor do delito e toda a comunidade envolvida no fato, para, por meio de mediação, chegarem em um consenso em qual medida deve ser tomada para suplantiar os danos sofridos. Assim, para se verificar a justiça no modelo descrito, lança-se a teoria de justiça concebida por Jacques Derrida, que acredita que Direito e Justiça não são termos correlatos, e que a verdadeira justiça só poderia ser produzida através da desconstrução do Direito.

Palavras-chave: Teoria de Justiça de Jacques Derrida; Justiça Restaurativa; Resolução autocompositiva de conflitos penais; mazelas do sistema punitivo vigente; cultura de judicialização de conflitos penais; Apropriação da resolução de conflitos penais pelo Estado; Punição discriminatória do Estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A REALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS	11
1.1 A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NO ASPECTO GERAL DO PODER JUDICIÁRIO	11
1.2 OS PONTOS PARTICULARES DO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO QUE CORROBORARAM COM A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NA ESFERA PENAL	13
1.2.1 Apropriação do poder para resolver conflitos penais por parte do Estado	15
1.2.2 A punição discriminatória empregada pelo Estado contra indivíduos marginalizados social e economicamente	17
2 A RESOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA DE CONFLITOS NA ESFERA PENAL	21
2.1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA POSITIVADA	23
2.1.1 Os juizados especiais criminais	23
2.1.2 A resolução 225/16 do Conselho Nacional de Justiça	27
2.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA	28
3 JACQUES DERRIDA E SUA PERSPECIVA DE JUSTIÇA: A FORÇA DA LEI E O DIREITO À JUSTIÇA	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS – O ENQUADRAMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA TEORIA SUSTENTADA POR JACQUES DERRIDA: A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO VISANDO O FIM DAS MAZELAS CRIADAS PELA JUSTIÇA RETRIBUTIVA VIGENTE	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Em 31 de maio de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, segundo notícia veiculada no próprio endereço eletrônico do Conselho, a Resolução 225/2016, a qual dispõe diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário.

Tal Resolução é fruto de uma minuta desenvolvida pelo grupo de trabalho instituído pelo então presidente do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski, através da Portaria nº74/2015, contando em sua integração com juízes auxiliares da Presidência do CNJ e magistrados de todo o país. Tal minuta foi encaminhada à Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, que originou a Resolução supracitada.

Deve-se dizer, todavia, que o início da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil se iniciou muito antes da Resolução 225/2016, bem como anteriormente à minuta desenvolvida pelo grupo de trabalho do CNJ.

Como ressalta Egberto de Almeida Penido em seu artigo “Justiça Restaurativa: a arte do encontro” (2008, p.26), a Justiça Restaurativa começou a ganhar forma na década de 1970, em meio aos movimentos sociais promovidos na época, que viram no sistema de justiça criminal do ocidente uma grande mazela, pois nesse sistema se assiste ao fomento do círculo de violência, acarretando no não encerrando do conflito existente, apenas o postergando.

No Brasil, segundo ainda Egberto de Almeida Penido (2008, p.27), a Justiça Restaurativa foi introduzida em 2004, por meio de três projetos pilotos de Justiça Restaurativa, sendo dois deles instaurados em Varas da Infância e Juventude, uma comarca situada em São Caetano do Sul, São Paulo e outra localizada em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Já o terceiro projeto foi instaurado no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante, em Brasília, Distrito Federal.

A Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um método autocompositivo de resolução de conflitos no âmbito penal.

Portanto, no sistema atual, no qual a vítima, os indivíduos indiretamente afetados pelo dano e a sociedade são subjugados a condição de prova, o Estado é quem se coloca no lugar desses agentes no intuito de investigar, produzir provas, culpar e condenar o réu.

Assim, a Justiça Restaurativa surge como um meio de incluir os verdadeiros envolvidos no ato, buscando esse método esclarecer e assumir responsabilidades no intuito de se traçar planos de ação adequados à situação, evitando assim que o infrator cometa novamente o crime de menor potencial ofensivo, como atos infracionais (PENIDO, 2008, p. 26).

Apesar de parecer para muitos um avanço na aplicabilidade da norma penal, uma vez que viabiliza a reparação do efetivo dano aos indivíduos que realmente sofreram com o crime praticado, muitos criticam a aplicação da Justiça Restaurativa, pois estaria se tratando de um processo de civilização do processo penal, ou seja, estaria se aplicando princípios do processo civil em casos criminais, e, como os atos infracionais dessa natureza se tratam de *ultima ratio*, não poderiam ser tratados como casos do direito civil.

Além disso, a Justiça Restaurativa sofre duras investidas dos juristas que se opõem ao abolicionismo penal.

Entendem esses juristas que esse método seria o início do processo abolicionista, uma vez que, como mesmo enuncia Daniel Achutti (2014, p.51), é nítido que na prática de resolução de conflitos entendida como Justiça Restaurativa, encontra-se a possibilidade de se atender às principais reivindicações abolicionistas, tanto no que diz respeito à estrutura, quanto no que se refere ao resultado do processo, quer dizer, a minimização do poder punitivo estatal.

Porém, muito além de toda essa discussão acerca do abolicionismo penal, a academia, juristas e aplicadores do direito não deveriam concentrar sua atenção apenas em desconstrução e/ou (re)construção do sistema punitivo, mas, principalmente, se essa nova proposta de administração de conflitos garante justiça,

ou, no mínimo, é mais justo que o método já instaurado e que está em vigor. Afinal, a sociedade clama por justiça e tem direito constitucional que garante acesso a esta, sendo também dever do Poder Judiciário e de todos os seus operadores garantirem à população normas mais justas possíveis.

Diante disso, no intuito de descobrir se a Justiça Restaurativa confere maior justiça do que o sistema punitivo vigente, no contexto do direito ao acesso à justiça, o presente trabalho se apropriará da teoria de Jacques Derrida a respeito de justiça, na obra Força de Lei.

Dessa forma, diante do trabalho de Derrida, se verificará no presente trabalho se a Justiça Restaurativa, em seu procedimento estipulado, consegue, de certa forma, diluir as aporias insuperáveis apresentadas por Derrida para se conceber a verdadeira justiça, podendo-se, assim, verificar se tal método é, efetivamente, mais justo que o sistema punitivo brasileiro.

1 A REALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

1.1 A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NO ASPECTO GERAL DO PODER JUDICIÁRIO

A realidade do Poder Judiciário como um todo se mostra, com o passar do tempo, cada vez mais caótica e fora de controle no Brasil. A cultura da judicialização de conflitos que está enraizada na população brasileira acarreta consequências prejudiciais para a Justiça, tornando-a morosa e cara, uma vez que, para a maioria dos brasileiros, todo atrito ou violação de qualquer de seus direitos enseja necessariamente uma ação judicial.

Conforme o Relatório Analítico “Justiça em números 2017: Ano-base 2016” do CNJ (BRASIL, 2017, p. 67), o ano de 2016 finalizou contabilizando 79,7 milhões processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva no Poder Judiciário. Porém este número tende a aumentar, uma vez que, dentro do período compreendido entre 2009 e 2016, o número continuou crescendo, acumulando nesse período 31,2%, ou seja, um acréscimo de 18,9 milhões de processos.

No que tange ao custo despendido pelo Poder Judiciário no Brasil, retomando-se os relatórios que utilizaram o ano de 2016 como o ano-base (BRASIL, 2017, p. 53), os gastos somaram R\$ 84,8 bilhões, equivalendo a 1,4% do PIB (Produto Interno Bruto) nacional, o que corresponde ao custo de R\$ 411,73 por habitante.

Por fim, vale ressaltar que, de acordo com os dados fornecidos pelo relatório elaborado pelo CNJ com ano-base de 2014 (BRASIL, 2015, p. 34), a taxa de congestionamento no Poder Judiciário em 2014 aumentou 0,8 pontos percentuais em relação ao ano de 2013, chegando ao percentual de 71,4% de congestionamento.

Um dos motivos que contribui para uma taxa de congestionamento elevada é a sobrecarga de trabalho. São 71,2 milhões de processos sendo que, de acordo com os dados apresentados no relatório supra referenciado (BRASIL, 2015, p. 31), são apenas 17.558 magistrados efetivados em todo o Poder Judiciário.

Mesmo que a divisão de processos entre magistrados fosse igualitária (o que na realidade não é, pois a quantidade de processos recebidos varia de acordo com a justiça, com a comarca e com o grau de jurisdição), seriam mais de quatro mil processos para cada magistrado, o que além de prejudicar a celeridade processual, também prejudica no que tange o quesito qualitativo, uma vez que os magistrados, devido ao tempo limitado por metas a serem cumpridas acumulado com o exacerbado número de processos, acabam por não analisar cada processo com a atenção e zelo que tal feito demandaria, o que acaba prejudicando demasiadamente a qualidade de suas decisões, ocasionando em muitas decisões genéricas.

Dessa forma, comprovados os problemas enfrentados pelo Judiciário no aspecto geral, verifica-se ser necessário buscar meios para solucionar tais problemas, que não afligem somente a Justiça, mas a população brasileira como um todo.

Uma das formas encontradas para a reduzir a judicialização excessiva de conflitos, principal motivo que causa os ditos transtornos, são os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Cientes disso, em 2015, os legisladores, ao aprovarem o novo código de processo civil, instauraram no procedimento do processo civil a obrigatoriedade, nos casos em geral, de se realizar audiência de mediação ou conciliação antes de se realizar a cognição exauriente do Juízo.

Apesar das várias críticas elaboradas pela doutrina acerca da judicialização dos procedimentos de mediação e conciliação no processo civil, tendo em vista que muitos doutrinadores entendem que a medida acaba por deturpar os institutos, deve-se observar o engajamento, mesmo que talvez não adequado, para a resolução dos problemas do Poder Judiciário como a morosidade, o alto custo e a cultura de judicialização de conflitos no que tange ao âmbito civil.

Porém, perguntar-se-á, no decorrer do presente trabalho, se seria possível instaurar algum método alternativo de resolução de conflitos na esfera penal, e se tal método acabaria com as mazelas do Judiciário, tendo capítulo específico a diante para se tratar do tema.

1.2 OS PONTOS PARTICULARES DO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO QUE CORROBORAM COM A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NA ESFERA PENAL

Como é sabido, em regra, o Processo Penal brasileiro é dividido em dois procedimentos, quais sejam, o processo de conhecimento (condenatório) e o processo de execução penal.

Vale mencionar que apesar da nomenclatura induzir ao erro, Távora e Alencar alertam em seu curso (2018, p.1.675-1.676), que a execução penal, na verdade, não deve ser encarada como prosseguimento da fase condenatória apenas. Em outras palavras, a execução penal não é fase subsequente do processo de conhecimento, tão somente.

A execução é sim o “procedimento destinado à aplicação de pena ou de medida de segurança fixada por sentença” (TÁVORA, 2018, p. 1.675), mas o procedimento possui autonomia, havendo circunstâncias singulares que não podem ser observadas na fase de conhecimento do litígio.

A fim de firmar tal entendimento, cabe destacar o seguinte trecho da obra do aludido autor (TÁVORA, 2018, p.1.676):

No procedimento penal, a execução penal é um novo processo com caráter jurisdicional (porque se desenvolve perante autoridade judiciária e nele são proferidas decisões fundamentadas) e administrativo (eis que também implica uma série de providências tendentes a dar condições ao cumprimento da pena ou da medida de segurança em estabelecimento adequado), com o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou de

decisão criminal e oferecer condições para a integração social do condenado e do internado.

Com o aludido conceito em mente, volta-se a atenção aos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, agora com foco na área criminal do Poder Judiciário, que levaram em conta, no levantamento realizado, essa autonomia existente entre os procedimentos de conhecimento e de execução do processo penal, elencando diferentes dados para cada fase processual descrito.

Conforme se verifica na Obra Justiça em números 2017: ano-base 2016, no referido ano estudado, ingressaram na Justiça 3 milhões de casos criminais novos (processos em fase de conhecimento), aumentando o acervo em 3,3%, isso sem contar com as execuções penais (BRASIL, 2017, p. 138).

No que se refere às execuções penais, vale dizer que, no final do ano de 2016,

“Havia 1,4 milhão de execuções penais pendentes, sendo que as execuções iniciadas têm aumentado gradativamente e totalizam 444 mil processos, com mais da metade delas implicando em pena privativa de liberdade” (BRASIL, 2017, p. 139).

Diante desses dados do CNJ apresentados acima, é possível demonstrar em números que a cultura da judicialização não é uma mazela exclusiva do procedimento civil, mas também é notável na esfera penal.

Porém, quando se trata do âmbito criminal, deve-se ainda ter em mente que não é a vítima quem ingressa com o processo penal, ou seja, não é ela a titular do direito de propositura da ação, no geral.

Logo, como é o Estado, em regra, quem propõe a ação penal, para estudar as mazelas da cultura de judicialização de conflitos na esfera penal, verifica-se que a principal causa dos problemas enfrentados no sistema de justiça retributiva vigente no âmbito penal não se restringe à cultura de proposição de processos em massa para resolução de conflitos do dia-a-dia, como é na área cível.

Sendo assim, ao analisar a área criminal, deve-se ponderar nos estudos sobre a cultura de judicialização outros dois aspectos inerentes à realidade do contexto penal, quais sejam: a exclusividade do Estado para propor as demandas e a consequente exclusão das vítimas do processo e a punição discriminatória realizada pelo Estado quanto ao réu no que diz respeito ao seu meio social.

Levando em consideração essas duas principais características que dão causa a cultura de judicialização de conflitos no aspecto penal, é oportuno discorrer brevemente sobre cada uma, separadamente.

1.2.1 Apropriação do poder para resolver conflitos penais por parte do Estado

Sobre a apropriação do Estado em dirigir e julgar os conflitos penais, excluindo a vítima do processo penal, é válido iniciar tal reflexão a partir do histórico da criação desse método de procedimento e julgamento contemporâneo ocidental adotado.

Como bem menciona Daniel Achutti em sua obra “Justiça restaurativa e abolicionismo penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil”, foi no século XIII, que se situa no período do absolutismo, que “produziu-se uma mudança significativa nas relações de poder entre os homens”, qual seja, a apropriação do conflito penal por parte do Estado-soberano, tornando-se este ente o “principal afetado pelas condutas delituosas”. (ACHUTTI, 2014, p. 47).

Ato contínuo, assevera o autor que foi a partir deste período que a vítima e a comunidade diretamente envolvida no dano delituoso perdem a sua função no que diz respeito à resolução do conflito vivenciado por elas, e a figura do Rei confisca o dano para si, transformando-o em infração, transportando a lesão da vítima para o Estado, pois, na lógica Estatal, o infrator, muito além de causar dano a outrem, se nega a cumprir com imposição do soberano (ACHUTTI, 2014, p. 48-50).

Conforme ainda o autor aludido, tal modelo instaurado no absolutismo foi vigente durante todo o Estado Moderno e persiste nos tempos atuais, apesar de algumas modificações e adaptações. Tal modelo se traduz em uma criação humana que visa

dirimir os conflitos penais da sociedade e que transmite o protagonismo da ação penal para o Estado.

Porém, apesar dos séculos em que o dito método vigora em toda a sociedade ocidental, não se vislumbra um impedimento para se criar e/ou adotar diversos outros modelos de resolução de conflitos, tornando viável assim o estudo desses outros caminhos para a resolução de embates penais, como o próprio autor enuncia (ACHUTTI, 2014, p. 51-52):

[...] o processo penal, como qualquer outro modelo que poderia ter sido construído, não passa de uma *construção humana*, fruto de uma longa e dolorosa batalha que, com o passar dos séculos, adquiriu a forma que conhecemos hoje. Tal estrutura, a partir do século XII, sofreu diversas modificações e reformas, mas não pode ser considerado mais do que um caminho, um modelo, um método utilizado para averiguação dos delitos e de suas autorias.

Sendo assim, diante das afirmativas de Achutti trazidas à baila, podemos deduzir que o modelo de justiça retributiva adotado foi um sistema construído historicamente e pelo qual Estado-soberano optou por implementar na sociedade ocidental. Esse sistema acaba por transportar o poder de resolução dos conflitos penais da vítima para o Soberano.

Diante desses dados, percebe-se que foi a partir de tal momento que o referido sistema de justiça penal passa a ser o principal responsável pela cultura de judicialização de conflitos de cunho criminal, pois, no momento em que fica determinado que o único ente capaz de solucionar os conflitos criminais é o Estado, verifica-se ainda que única ferramenta disponível para o Estado apurar e julgar atualmente os casos são os processos criminais, como bem menciona o autor Raphael Boldt, que assim expõe (BOLDT, 2018, p.93):

A ideia de que o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal é o que os processualistas denominam “princípio da necessidade do processo penal”, expressão moderna do monopólio estatal da jurisdição penal e da instrumentalidade do processo penal, cuja legitimidade, no âmbito do Estado democrático de direito, repousa na limitação do poder punitivo e na tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, pode-se concluir que há impossibilidade de deslinde de conflitos penais por outro meio que não por meio de processo judicial, o que ocasiona no afogamento do Poder Judiciário em processos penais.

1.2.2 A punição discriminatória empregada pelo Estado contra indivíduos marginalizados social e economicamente

O outro ponto a ser discutido como sendo a causa da judicialização de conflitos penais, apesar de não ser tão evidente e direto quanto a transmissão de poderes de resolução de conflitos sobre os delitos da sociedade, também justifica o interesse do Estado em propor tantas demandas judiciais, pois a punição discriminatória quanto ao meio social que pertence o preso se traduz em um meio torpe de tentar resolver o problema de falta de assistência estatal aos indivíduos que mais necessitam, retirando-os simplesmente do convívio em sociedade quando estes tentarem suprir a ausência do Estado.

Para entender a punição discriminatória como uma causa da judicialização de conflitos penais será necessário um exercício cognitivo maior do que o empregado no raciocínio para entender a apropriação de conflitos penais por parte do Estado como sendo um dos motivos que enseja a cultura de judicializar de conflitos penais, porque o silogismo deste é realmente mais simples: o Estado é o único detentor do poder de resolução de conflitos penais, e como a única ferramenta que o Estado possui para julgar os casos é o processo, logo a judicialização é o único caminho para se resolver conflitos, corroborando para o abarrotamento de processos criminais no Poder Judiciário.

Todavia, para iniciar a compreensão da ligação existente entre a punição discriminatória e a cultura de judicialização de conflitos penais, faz-se alusão ao estudo elaborado pela Secretaria-Geral da Presidência da República e pela Secretaria Nacional da Juventude, intitulado como “Mapa do Encarceramento: Os Jovens do Brasil”, com intuito de embasar o raciocínio a ser criado.

Neste estudo foram analisados os dados obtidos pelo InfoPen (que é um levantamento de informações penitenciárias em nível nacional), pelo qual se

averiguou a quantidade e o perfil das pessoas presas no Brasil durante o período de 2005 e 2012 (BRASIL, 2015, p. 25).

O número se demonstrou alarmante, pois concluiu-se que a população carcerária cresceu 74% (setenta e quatro por cento) durante o referido período, sendo que, tomando por base o ano de 2012, aproximadamente 1/3 (um terço) dessa população se encontra encarcerada no estado de São Paulo. No que se refere à relação existente entre números de vagas disponíveis nas prisões e o número de encarcerados, esta razão se equivale, no dito estado, a 1,9 presos para cada vaga. Em outras palavras, dois presos praticamente estão ocupando uma mesma vaga no estado de São Paulo, o que evidencia a superlotação (BRASIL, 2015, p.25-27).

Em outros estados como Alagoas, Pernambuco e Amapá, tal superlotação é mais preocupante, pois a razão entre vagas e número de presos chega ao absurdo de 3,7, 2,5 e 2,4 presos por vaga disponível, respectivamente, o que comprova o abarrotamento dos presídios brasileiros, sendo que em média de nível nacional, existem 1,7 presos para cada vaga existente nas penitenciárias do Brasil (BRASIL, 2015, p.27).

Atrelado a essa condição desumana, deve-se registrar ainda que, desta população carcerária, no ano de 2012, 93,83% da totalidade dos presos correspondem ao sexo masculino, praticamente 30% dos presidiários diz respeito a jovens na faixa etária entre 18 e 24 anos (sendo que a análise de faixa etária é dividida em 6 grupos de diferentes idades, indo dos 18 anos a 46 anos ou mais), 45,3% possui nível de escolaridade equivalente a ensino fundamental incompleto (sendo que o referido senso é dividido em 8 grupos, indo do analfabetismo a pós-graduação) e 60,76% condiz à raça negra (sendo o estudo dividido entre 5 grupos de raças diferentes) (BRASIL, 2015, p.29 – 33).

Vale dizer ainda que, da população carcerária brasileira, o percentual de 49% dos crimes que ensejaram a prisão é caracterizado como crime contra o patrimônio (BRASIL, 2015, p. 37), e 29% dessa população estão condenados pelo tempo de pena igual a mais de 4 anos até 8 anos, tudo com base nos dados do ano de 2012 (BRASIL, 2015, p.29-37).

Diante desse panorama, fica evidente que a referida seletividade de pessoas no ato do Estado de prender é real, uma vez que, ao analisar os dados levantados em todos os presídios do Brasil, o Estado condena, preponderantemente, homens negros com idade entre 18 e 24 anos, que não possuem ensino fundamental completo.

Essa seletividade também pode ser encarada como discriminação, tendo em vista que tais características apuradas são as que são tidas como comuns entre os presos e também são características próprias da margem da sociedade.

Assim, excluídos da tutela Estatal, esses indivíduos marginalizados não encontram outra solução a não ser ter que realizar o crime que mais se consta nas prisões brasileiras, delitos esses comuns para a classe marginal, qual seja, crimes pequenos e medianos contra o patrimônio.

A realização dessas infrações se justifica, na maioria das vezes, como sendo um ato desesperado dos que vivem à margem em tentar suprir a falta dos subsídios que o Estado deveria ter propiciado a esta população, mas que assim não o fez.

Tais subsídios que os marginais tentam agregar em suas vidas são aqueles que constam na Constituição Federal como sendo dever do Estado (BRASIL, 1988, art. 6º), quais sejam: meios de atender suas necessidades vitais básicas e às de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte.

Com a falta do provento Estatal e diante do sistema capitalista implementado, os marginais vislumbram no crime contra o patrimônio alheio uma maneira de angariar capital e assim custear todos os meios necessários para uma vida digna que o Estado se omitiu em propiciar.

Dessa forma, ao contrário do que muitos pensam, não são os crimes contra a vida ou crimes graves que mais estão presente nas prisões espalhadas no território brasileiro, mas sim crimes pequenos e medianos contra o patrimônio, que, em sua

maioria, estão dentro de uma média em que a maioria dos delitos da espécie não ultrapassa o tempo de pena de 8 anos, restando evidente a correspondência entre as pessoas marginalizadas social e economicamente e a população carcerária.

Assim, em razão das conclusões supramencionadas, provenientes de uma análise dos dados estatísticos da Obra “Mapa de encarceramento” apresentados, verifica-se que o Estado, como ente detentor do direito de dirigir, julgar e condenar os casos penais ocorridos em meio a sociedade, acaba por punir, em sua maioria esmagadora, os indivíduos que não são devidamente assistidos pelo Estado, e por conta disso, aqueles cometem atos infracionais para suprir a ausência deste.

Nesse sentido, o Estado, ao invés de assumir a culpa pelo cometimento dos atos infracionais por parte dos marginalizados em razão de não prestar o devido auxílio a estes, opta por converter os atos praticados pelos marginalizados em infrações, o que se torna conveniente, já que retira tais pessoas do convívio em sociedade “por perturbarem a ordem”, dispersando, diante desse cenário, a sua culpa direta para a ação dos ditos infratores.

Tal mecanismo adotado pelo Estado acaba por se traduzir em uma transferência de culpa, deslocando a sua culpa por não prestar a devida tutela em certos meios sociais, para os indivíduos marginalizados, e passando a encarar os atos dos marginalizados como a desobediência à norma estabelecida para promover a ordem na sociedade, sendo que, na verdade, tais normas não geram qualquer ordem ou equidade no âmbito de vivência dos ditos infratores.

Então assim resta inequívoca a relação entre a cultura de judicialização de conflitos penais com a punição discriminatória quanto ao réu: O Estado, por não prestar a devida assistência a muitos indivíduos que vivem à margem, opta por retirar tais indivíduos do convívio em sociedade, transformando os atos praticados por esses indivíduos, que intentam suprir a própria carência de recursos, em delitos com pena restritiva de liberdade, e a única forma que o Estado possui para processar esses delitos, que intentam retirar os marginalizados da sociedade, se traduz no processo penal, corroborando assim para a cultura de judicialização de conflitos penais, sob a prerrogativa de que assim se tira os marginais da sociedade.

2 A RESOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA DE CONFLITOS NA ESFERA PENAL

A partir da análise feita no capítulo anterior, pode-se concluir que o sistema punitivo vigente teve origem no período do absolutismo, e persiste até os dias atuais, apesar de algumas modificações e adaptações.

Além disso, percebeu-se que a justiça retributiva empregada pelo sistema penal atual acaba por promover a cultura de judicialização. Isso ocorre porque o Estado, por ter se apropriado do poder de dirimir e resolver conflitos criminais e por querer retirar da sociedade os indivíduos não assistidos pelo seu dever de auxílio, ingressa com volumoso número de processos judiciais, pois esse é o único meio que o Estado possui para ver seus anseios atendidos, anseios esses compreendidos em: compensação pelos danos causados pela desobediência da norma emanada pelo Estado e transferência de sua culpa por não prestar auxílio estatal de forma eficaz e equânime, vitimando e transformando esses indivíduos não assistidos em infratores ao tentar suprir a ausência do Estado de seu cotidiano e assim, viabilizar ainda uma limpeza social.

Desse modo, verifica-se que a cultura de judicialização de conflitos no âmbito penal transcende o mero problema de grande volume de processos e congestionamento do judiciário, como é na área cível, chegando tal cultura a atingir questões sociais delicadas.

Da mesma forma conclui Frédéric Gros, que, em obra escrita em conjunto com Antoine Garapon e Thierry Pech, intitulada como “Punir em Democracia e Justiça será”, diz que a partir do momento que a lei passou a ser uma “exigência universal”, a punição acabou ganhando o fundamento de “restabelecer a majestade da lei ultrajada”, ou seja, restabelecer a soberania do Estado que emana a lei, mas que a partir do momento que a punição também alcança um sentido social, passa a pena ter necessidade de ser ponderada, para não se configurar em uma mera escolha política de quem é alvo da punição, como se verifica no trecho abaixo (GROS, GARAPON e PECH, 2001, p. 61):

[...] Desde que a lei se compreendeu como interdito sagrado ou exigência de universal, esta fundação transcendente tornou a punição surda a todo cálculo: era necessário punir, para restabelecer a majestade da lei ultrajada. Punia-se por princípio. E a necessidade irreversível do crime – apanhado no passado imóvel, petrificado no irreparável – devia encontrar-se na necessidade inflexível do castigo. Mas a partir do momento em que a pena assume um sentido social e um instrumento ao serviço da sociedade ou do governo, abre-se a problemática do direito de punir. A punição torna-se uma possibilidade social cujos efeitos é preciso medir, antes de pôr em acção. E a impunidade já não é um escândalo: é uma escolha política. Nesta socialização da pena, o sofrimento já não pertence ao culpado como seu bem próprio, a sociedade dispõe dele para efeitos positivos que espera dele. A razão de punir torna-se uma razão de Estado.

Assim, no intuito de medir antes de agir, evitando assim a problemática do direito de punir, como recomenda o autor supracitado, é que nasce a necessidade de se repensar o emprego da Justiça Retributiva como único meio para a resolução de conflitos na esfera criminal.

Logo, se faz necessária uma análise de outro tipo de justiça que pode ser empregada como uma alternativa à Justiça Retributiva, já que esta outra maneira de justiça apresenta um silogismo capaz de superar a racionalidade punitiva, uma vez que pressupõe, segundo o Autor Daniel Achutti (Achutti, 2014, p.: 23):

(a) formação de uma nova linguagem que interdicte a adesão da mediação à lógica estigmatizante do Direito Penal; (b) superação da dicotomia ilícitos civis e penais; e, sobretudo, (c) desprofissionalização – “não se deve deixar [a Justiça Restaurativa] dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela indústria do controle do crime e pela lógica burocrática” (Achutti, 2012:250) -; e (d) “participação ativa das partes na resolução dos seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto das suas próprias propostas” (Achutti, 2012:250)

Sendo assim, com as propostas elencadas acima que visam se sobrepôr à lógica do sistema criado pela Justiça Retributiva, propõe-se discutir, no presente capítulo, sobre a Justiça Restaurativa, justiça essa que intenta acabar com os problemas do monopólio do Direito de Punir do Estado ocasionado pelo modelo de Justiça dominante, problemas esses que se traduzem, principalmente, na exclusão da vítima no processamento, julgamento e condenação do autor do crime, e ainda viabiliza que o Estado exerça uma seletividade quanto aos indivíduos a serem punidos.

Sendo assim, no presente tópico do trabalho, diante da necessidade de aprofundar-se nos estudos sobre a Justiça Restaurativa, primeiramente, verificar-se-á se os meios que ensejam a Justiça Reconstitutiva e que já estão positivados em nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro são suficientes para superar todas as problemáticas ocasionadas pela Justiça Retributiva, principal justiça adotada para a resolução de conflitos penais no Sistema Punitivo vigente.

Ato contínuo, devido ao nítido uso restrito da Justiça Restaurativa como meio para a resolução de conflitos penais, tentar-se-á estabelecer uma definição do que seria a Justiça Restaurativa, para que assim possa se definir, com luz nos ensinamentos do Filósofo Jacques Derrida, se esta Justiça Reconstitutiva acaba por ser efetivamente mais justa do que a Justiça Retributiva empregada, que dá base ao Sistema Punitivo vigente na contemporaneidade.

2.1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA POSITIVADA

2.1.1 Os juizados especiais criminais

Em meio a esse Sistema Punitivo Criminal vigente no país, que decreta leis inflexíveis e penas duras, ocasionando em demasiado número de processos e de condenações que ensejam pena privativa de liberdade, percebe-se que a lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) vai de encontro com toda essa lógica das normas penais atuais.

A Lei 9.099/95 cria um procedimento completamente novo, que visa estabelecer tantos os juizados especiais cíveis quanto os criminais, sendo que estes últimos estipulam procedimentos que, em tese, priorizam a autocomposição entre os indivíduos diretamente afetados pelo ato de infração cometido pelo autor do delito.

Dessa forma também expõe o autor Marcellus Polastri Lima, *in verbis* (LIMA, 2013, p.1):

Na verdade, trata-se de um novo rito, que difere do usual adotado pelo Processo Penal Comum, rito sem formalidades, célere, oral e objetivamente finalístico. Justiça consensual, pois possibilita o acordo entre a vítima e o autor, prestigiando a reparação do dano, ou entre o Estado e autor, no caso de se tratar de ação pública incondicionada, ou, se condicionada, estiver presente a representação.

A emergência da lei dos juizados especiais se deu em virtude dos efeitos da cultura de judicailização de conflitos, que resultou em um grande número de processos, mais do que poderia o Poder Judiciário processar e julgar de forma devida, ocasionando assim em um aumento, que persiste crescente, das taxas de congestionamento de processos em todo o país.

Então, diante desse panorama, o procedimento sumaríssimo atrelado ao rito dos Juizados Especiais prometeu, além de tornar mais célere o trâmite processual (agilização esta ocasionada pelos princípios norteadores do rito, quais sejam, a informalidade, a simplicidade, oralidade e economia processual), desafogar o Judiciário, bem como conceber, dentro de um rito processual, uma fase processual destinada à transação e à conciliação.

Ainda de acordo com os ensinamentos do aludido autor, não são só as transações e conciliações inseridas no procedimento sumaríssimo que se enquadram no conceito da Justiça Restaurativa, pois se vislumbra no procedimento singular do rito sumaríssimo a possibilidade de (LIMA, 2013, p.2):

[...] haver extinção da punibilidade, no caso de ação penal privada o condicionada com conciliação, ou com cumprimento de pena acordada, mediante transação entre Ministério Público e autor, sem as consequências de uma condenação tradicional ou, ainda, suspensão do processo (instituto que se aplica também aos procedimentos do CPP), mediante acordo, com posterior extinção da punibilidade.

Em tal proposta de procedimento da lei 9.099/95, assim, verifica-se a relativização do direito de punir do Estado no momento de se estabelecer a condenação, uma vez que pode o autor do crime ainda ter sua punibilidade extinta em virtude de transação ou acordo celebrado entre as partes envolvidas no processo.

Ocorre, todavia, que nem de longe a solução apresentada pelos Juizados Especiais Criminais consegue superar os problemas do sistema punitivo suscitados no decorrer do presente trabalho.

Para se entender o porquê de os Juizados Especiais não conseguirem ultrapassar os obstáculos apresentados pelo sistema punitivo vigente através do seu procedimento, faz-se alusão às considerações do autor Daniel Achutti (2014, p. 152-154) sobre a realidade da aplicação do procedimento preceituado pelos Juizados Especiais Criminais.

Para o referido autor “o diagnóstico da aplicação da lei permite afirmar que, apesar das promessas e expectativas, grande parte dos seus objetivos não foi alcançada” (Achutti, 2014, p.152), uma vez tal procedimento foi “colonizado” pelas rotinas judiciárias burocráticas intrínsecas do Processo Penal comum, pois, em virtude das cobranças institucionais feitas aos juízes para agirem com celeridade, as conciliações acabam por serem frustradas exatamente pelo fato de o sistema não disponibilizar a devida atenção e tempo para a realização de uma autocomposição entre a vítima e o agressor (Achutti, 2014, p. 152-153).

As vítimas, apesar de inseridas fisicamente dentro do processo dos Juizados Especiais criminais, não sentem que participam da resolução do conflito após a implementação da presente lei discutida, isso porque a conciliação é pouquíssima usada na prática, não se perseguindo assim a reparação dos danos causados à vítima na maioria das vezes (Achutti, 2014, p. 153)

No que se refere à transação, vale dizer que esta é realizada por meio de proposta feita pelo Ministério Público no intuito de se excluir a punibilidade do autor do fato, sendo essa proposta normalmente traduzida em conversão de pena para a restritiva de direito ou multa (Achutti, 2014, p.154).

Porém é necessário se analisar tal situação em que o autor transaciona diretamente com o Ministério Público, pois, muitas das vezes, (Achutti, 2014, p. 154):

[...] o autor do fato é colocado em uma situação em que ou aceita a proposta voluntariamente, ou é coagido a aceitá-la em função da sombra do processo criminal que circunda os poucos minutos de duração das audiências preliminares. O autor não desfruta, portanto, de posição de igualdade em relação àquele que lhe oferece a transação, e a sua escolha se limita entre aceitar uma pena sem processo, ou passar pelo processo penal e correr o risco de ser condenado – e ainda poder receber uma pena mais alta do que a proposta pelo autor quando da oferta da transação penal.

Além de ter que decidir em poucos minutos de audiência sobre o aceite ou não da proposta do MP, sob o anseio de receber uma pena pior do que a da proposta feita pelo *Parquet*, ainda vale dizer que outro fator que pesa para o autor do delito em sua “escolha” é o caráter estigmatizante que se verifica quando o autor do delito passa a ser réu num processo criminal.

Tal estigma é pejorativo para o autor, que convive em meio a sociedade. O fato de ser réu em um processo criminal, mesmo que o delito se equivale a um ato de menor potencial ofensivo, gera discriminação e desconfiança da população contra o indivíduo.

Assim, vê-se que não se pode classificar a proposta do MP como uma transação, e sim mais se aproxima de uma coação, como bem se refere o autor supracitado, em virtude do medo de ganhar pena maior no decorrer do processo e ainda tendo em vista que nenhum indivíduo quer ser marcado pela sociedade como réu de um processo penal.

Dessa forma, ao se ter em mente todo o entendimento do autor apresentado acima, percebe-se que Achutti resume de forma acertada o insucesso dos Juizados Especiais Criminais no que diz respeito à intenção de implementar a Justiça Reconstitutiva no procedimento penal.

Logo, apesar das considerações trazidas pelo autor Lima, percebe-se que o Estado não deixa de ser a figura atuante e determinante para a resolução de conflitos penais, já que o ente tem poder de coagir o autor do crime a aceitar a proposta que for por ele formulada em casos de transação penal, e não disponibiliza tempo e atenção adequados para se celebrar um acordo em sede de conciliação, nem sequer despense a devida atenção à vítima do dano.

Ademais, não se verifica efetiva participação do ofendido pelo crime, sendo a conciliação dos Juizados Especiais criminais interpretados “como mero gesto de ‘fazer as pazes’, independentemente da forma como isto deve ser realizado” (Achutti, 2014, p. 152-153).

Pode-se concluir assim que, apesar da Lei dos Juizados Especiais possuir uma lógica punitiva contrária da predominante no Direito Penal, ela não se encaixa como uma forma de aplicação da Justiça Reconstitutiva, bem como não consegue suplantar as mazelas institucionais e sociais criadas pelos métodos de julgamento que a Justiça Restaurativa implementa.

2.1.2 A resolução 225/16 do Conselho Nacional de Justiça

Como já mencionado anteriormente, no ano de 2016 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou Resolução que dispõe sobre políticas de instauração da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Em suas considerações, a Resolução levou em conta as recomendações da Organização das Nações Unidas (Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12), as previsões constitucionais a respeito do Direito ao acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV da CF), a Lei 9.099/95 (arts. 72, 77 e 89), a competência do próprio CNJ para monitorar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, as condições socioeconômicas que se encontra o Brasil, dentre outros fatores (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2016).

A Resolução 225/2016, constituída por 30 artigos, dispõe sobre uma conceituação acerca do que é a Justiça Restaurativa e seus princípios, as formas e práticas de se conceber a Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, as atribuições do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais de Justiça, a formação e capacitação dos agentes facilitadores que promoverão a prática da Justiça Restaurativa, o monitoramento e a avaliação, e por fim algumas disposições finais (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Diferentemente da Lei 9.099/95, a Resolução 225/16 do CNJ faz alusão direta à Justiça Restaurativa e impõe técnicas e métodos para sua implementação no Poder Judiciário Brasileiro.

Apesar disso, a referida Resolução já possui 2 anos desde que entrou em vigor, e ainda não é possível se visualizar alteração expressiva no cotidiano do Poder Judiciário.

Isso ocorre em virtude de um dos mesmos motivos para que a conciliação e a transação prevista no rito sumaríssimo dos Juizados Especiais criminais não terem vigorado da forma almejada: a “colonização” da lógica punitiva do Estado sob os procedimentos destinados à promover a Justiça Restaurativa, lógica esta presente no dia-a-dia das práticas judiciárias penais, que acaba por gerar certo comodismo dos juristas atuantes na área, que se acostumaram com o Estado dirimindo conflitos penais, não se disponibilizando assim o devido valor, importância e tempo para as práticas autocompositivas dentro da área criminalista.

Sendo assim, conclui-se também pelo insucesso da implementação da Resolução 225/2016, já que, no aspecto da prática, tal Resolução não conseguiu modificar a cultura de judicialização de conflitos promovida pela apropriação do Estado em dirimir conflitos penais.

2.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Diante do exposto acima, percebe-se que, apesar da intenção na criação da Lei 9.099/95 e da Resolução 225/16 do CNJ, não existe norma positivada no Ordenamento Jurídico Brasileiro que promova a efetiva Justiça Restaurativa e que, conseqüentemente, supere os entraves criados pela Justiça Retributiva, que é empregada no processo de resolução de conflitos penais atuais.

Mas afinal, se a Justiça Restaurativa não está sendo colocada em prática conforme normas positivadas no Ordenamento pátrio, cabe aqui discutir acerca do que se trata

tal Justiça que tanto se almeja e que pode vir a viabilizar a desconstrução da Justiça Punitiva vigente, e que não está devidamente amparada pela legislação brasileira.

Na verdade, não há consenso unânime sobre o que seria a Justiça Restaurativa, havendo nuances divergentes a depender de que linha se estuda.

Todavia, apesar de a Justiça Restaurativa poder ser considerada um conceito em aberto, no intuito de realizar, no mínimo, um delineamento conceitual, leva-se em consideração a seguinte conceituação, de Tony Marshall (Marshall, 1996, p.37):

Justiça Restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro.

Todavia, mesmo com a conceituação de Marshall sendo considerada satisfatória por muitos estudiosos acerca do tema, ela ainda está passível a críticas, e assim como Achutti menciona, os autores Braithwaite e Walgrave tecem suas críticas quanto a conceituação de Marshall (ACHUTTI, 2014, p. 63):

O primeiro (Braithwaite) ressalta que a definição de Marshall não menciona quem ou o que deve ser restaurado, e tampouco define os valores contrais da justiça restaurativa, enquanto o segundo (Walgrave) salienta que a definição não estabelece se o resultado do processo deve ser reparativo ou restaurativo, e exclui ações que podem conduzir a resultados reparativos sem a participação conjunta das partes, deixando de fora, por exemplo, mediações indiretas ou serviços de apoio às vítimas.

Sendo assim, diante de tais críticas, o presente tópico visa analisar algumas concepções sobre a Justiça Restaurativa, para assim poder compará-las com a Justiça Retributiva e com o sistema punitivo vigente.

Levando em conta o conceito geral apresentado Marshall e ainda considerando as críticas de Braithwaite e Walgrave, verifica-se que o melhor ponto de partida para a análise da Justiça Restaurativa seria o meio do qual a própria Justiça Reconstitutiva emergiu: o abolicionismo penal.

Daniel Achutti, em seu artigo “Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político criminal”, ressalva que a justiça restaurativa começou

a ganhar forma no âmago das discussões sobre o abolicionismo penal (ACHUTTI, 2014, p. 38).

Em meados da década de 1970, grupos de juristas de todo o mundo, inconformados com o sistema punitivo vigente, começam a discutir sobre a abolição do sistema punitivo, pois, resumidamente, para eles, (Achutti, 2014, p.38)

[...] o sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma resposta legal para o problema; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura – punitiva – que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível fazer justiça em eventos considerados oficialmente como crime.

Ocorre que, assim como a Justiça Restaurativa é um termo aberto, o abolicionismo penal também é, uma vez que, tendo em vista todas as ditas insatisfações dos criminalistas com o sistema penal vigente, emergiram dessas insatisfações várias vertentes do abolicionismo penal, como bem destaca a autora Vera Andrade (2006, p.463 e 465): “enquanto perspectiva teórica, existem diferentes tipos de abolicionismos, com diferentes fundamentações metodológicas para a abolição [...]”.

Entretanto, para a finalidade que se busca no presente trabalho, restringe-se a análise àquelas vertentes do abolicionismo penal que deram ensejo à criação da Justiça Reconstitutiva, e como bem destaca o autor Achutti em seu artigo, os principais nomes que se enquadram nesse contexto são Louk Hulsman e Nils Christie (Achutti, 2014, p.39).

Segundo Achutti, em seu artigo, (2014, p. 50-51):

[...] é possível perceber que os autores trabalhados acima (Louk Hulsman e Nils Christie) buscam estabelecer uma análise crítica sobre as contradições da lei penal e da justiça criminal, e apresentam uma sólida crença na possibilidade de mudança social em direção a uma maneira construtiva de pensar e lidar com os fatos tidos como criminais (Roberts, 2007, p.10). O abolicionismo “vislumbra uma sociedade na qual o sistema estatal, criado já faz dois séculos, não tem mais justificativa” (Hulsman e Bernat de Celis, 2005, p. 246).

Apesar das esplêndidas criações teóricas dos autores supra referenciados, estas teorias se demonstram utópicas, ou seja, dificilmente serão aplicadas no âmbito da realidade.

Todavia, de acordo com o artigo supramencionado de Achutti (2014, p. 51), “é possível entrever possibilidades concretas de estruturação de um mecanismo de resolução de conflitos pautado pelas críticas abolicionistas de Hulsman e Christie”, um desses mecanismos de resolução de conflitos, desassociando-se da proposta final do abolicionismo dos autores, é a Justiça Restaurativa, pois (ACHUTTI, 2014, p. 51)

[...] as críticas construídas por ambos passam a assumir um caráter inovador, (...) os autores delineiam importantes caminhos a serem seguidos para a estruturação de um sistema de resolução de conflitos desarraigado da racionalidade penal moderna.

Sendo assim, é dessa forma que se começa a traçar as delineações para a criação da Justiça Restaurativa: através das teorias do abolicionismo penal.

A Justiça Reconstitutiva se aparelha com as ideias abolicionistas mesmo que não seja o objetivo desta a extinção do sistema punitivo, pois, na verdade, essa almeja realizar uma reconstrução e/ou desconstrução do sistema punitivo vigente.

Dessa forma, apesar da Justiça Restaurativa ter bebido na fonte do abolicionismo penal, ela não compactua com o fim do sistema penal, como almeja o abolicionismo penal.

Sendo assim, a Justiça Reconstitutiva precisou constituir forma própria, desvinculada à sua fonte do abolicionismo penal, partindo da inovação no que diz respeito aos seus princípios e valores, nos programas de implementação da Justiça Restaurativa e na prática efetiva.

Em sua obra, Achutti faz menção à análise de Braithwaite (2002) de três grupos que classificam os valores restaurativos. (ACHUTTI, 2014, p. 67-68).

Sendo assim, no intuito de compreender os valores e princípios apregoados na Justiça Restaurativa, é que também serão utilizadas no presente trabalho tais classificações.

Daniel Achutti (2014, p. 68) menciona que Braithwaite (2002, P.8) divide os valores restaurativos em três grupos (BRAITHWAITE, apud ACHUTTI, 2014, P.68):

no primeiro, encontram-se os valores obrigatórios (constraining values), cuja inobservância pode comprometer de forma severa o caráter restaurativo dos encontros; no segundo, valores que devem ser encorajados (maximising values); e no terceiro, aqueles que podem ser considerados como o resultado de um encontro bem-sucedido (emerging values), mas que não devem ser solicitados ou exigidos pelo mediador ou por qualquer uma das partes: devem emergir de forma natural dos participantes.

Todavia, para não se restringir ao mundo dos princípios, Achutti menciona ainda como efetivar os programas de justiça restaurativa, pautando-se na Resolução n. 2002/12 da ONU (ACHUTTI, 2014, p. 73).

Na referida Resolução da ONU “Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal”, ficam firmados, de acordo com Achutti (2014, p73-74), que os programas de implementação da justiça restaurativa em matéria criminal devem ser possibilitados em qualquer etapa do processo penal, podendo também haver a desistência em qualquer tempo. Além disso, deve-se ainda sempre observar a voluntariedade das partes em participar da mediação, bem como a presunção de inocência do réu, como se observa dos na seção II da referida Resolução (ONU, seção II, 2012):

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.

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo

restaurativo. **A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.**

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. **A segurança das partes deverá ser considerada** ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, **deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.**

Sobre as práticas restaurativas efetivas, Achutti traz à baila a seleção de Walgrave que ilustra as principais práticas conhecidas atualmente que promovem o exercício da justiça restaurativa (ACHUTTI, 2014, p. 77).

Para se colocar em prática o programa de justiça restaurativa, é necessário observar, principalmente (ACHUTTI, 2014, p.78-81):

1) o apoio que precisa ser dado à vítima, pois assim demonstra-se que “há interesse público com a situação de vitimização e em buscar minimizar as consequências da ação sofrida” (ACHUTTI, 2014, p. 78).

2) a Mediação entre vítima-ofensor, pois o conceito básico da justiça restaurativa é retirar do Estado o poder de resolução de conflitos penais sarrupiado do autor do delito e da vítima e poder solucionar tais desavenças por meio de discussão entre as partes diretamente envolvidas, buscando uma reparação ou compensação dos danos sofridos para os diretamente envolvidos.

3) a realização de Conferências restaurativas, no intuito de protagonizar encontros entre vítima, autor do fato e os integrantes de suas comunidades, no intuito de se delinear uma “solução construtiva para os problemas e para os danos causados pela ofensa” (ACHUTTI, 2014, p. 79).

4) a implementação de círculos de sentença e de cura, práticas essas ligadas aos nativos de tribos do Canadá e do Estados unidos, sendo que este círculo “busca restaurar a paz na comunidade afetada pelo conflito” (ACHUTTI, 2014, p. 79), enquanto que aquele círculo “funciona como uma espécie de ‘comunidade de cojuigamento’ na justiça criminal tradicional, com a presença de um juiz” (ACHUTTI, 2014, p. 79).

5) a realização de Comitês de paz, que possuem como missão a pacificação do conflito particular e a construção da paz, em um âmbito macro, lidando com problemas amplos que envolvem toda a população de um dado lugar.

Dentre outras medidas, essas são as principais para combater todos os efeitos negativos que a sociedade vem sentindo a séculos, advindos do uso da soberania do Estado unicamente para solucionar conflitos penais, sistema esse conhecido como sistema punitivo penal.

3 JACQUES DERRIDA E SUA PERSPECTIVA DE JUSTIÇA: A FORÇA DA LEI E O DIREITO À JUSTIÇA

Jacques Derrida foi um filósofo nascido na Argélia, tendo vivido grande parte de sua vida na França. Falecido em 2004, Jacques Derrida deixou um grande legado, dentre eles a obra *Força de Lei*, que é dividida em três partes.

A primeira, “Do direito à justiça”, foi lida na abertura do colóquio intitulado “*Deconstruction and the Possibility of Justice*”, ocorrido na *Cardozo Law School*, em outubro de 1989, conforme é narrado na parte “advertência” da obra *Força de Lei*.

A segunda parte do Livro, ainda conforme a “advertência” que inicia a obra, é intitulada “Prenome de Benjamin”, que além de terem sido distribuídas cópias do texto no colóquio da *Cardozo Law School*, essa parte também foi lida na abertura de outro colóquio, na Universidade da Califórnia, sob o título “*Nazism and the ‘Final Solution’: Probing the Limits of Representation*”.

Essa última leitura foi precedida por um prólogo e por um *post-scriptum*, que, segundo a “advertência” da obra, correspondem à terceira parte da obra.

No presente trabalho, será abordada a primeira parte da citada obra, “Do direito à justiça”, para assim, posteriormente, verificar-se o emparelhamento de seu conceito de justiça com a justiça restaurativa.

Nesse sentido, elabora-se um pequeno resumo da parte da obra supramencionada (DERRIDA, 2010, p. 3-58):

O autor inicia sua obra trazendo à baila o questionamento sobre o título do colóquio no qual discursa, qual seja, “*Deconstruction and the Possibility of Justice*”.

Discorre Derrida que poderia falar de cada termo que compõe o título do colóquio separadamente, porém que para abordar o tema da forma que se espera, em virtude da disposição das palavras na sentença que nomeia o colóquio, seria injusto não se

atentar “às intenções e aos sentidos do título”, uma vez que tal título: (DERRIDA, 2010, p. 4):

[...] sugere uma pergunta que assume, ela mesma, a forma da suspeita: será que a desconstrução assegura, permite, autoriza a possibilidade de justiça? Será que ela torna possível a justiça ou um discurso consequente sobre a justiça e sobre as possibilidades da justiça? Sim, responderiam alguns, não, responderiam os opositores. Os “desconstrucionistas” têm algo a dizer sobre a justiça, algo a fazer com a justiça? Por que, no fundo, eles falam dela tão pouco? Isso lhes interessa, afinal? Não será, como alguns desconfiam, porque a desconstrução não permite, nela mesma, nenhuma ação justa, nenhum discurso justo sobre a justiça, mas constitui até mesmo uma ameaça contra o direito e arruína a condição de possibilidade da justiça? Sim, responderiam alguns; não, responderia o adversário.

Diante de tais questionamentos sobre a possibilidade que o título do colóquio insinua a respeito da desconstrução levar à justiça, Derrida revela que, no que diz respeito à desconstrução, seu sofrimento “é talvez a ausência de regra, de norma e de critério seguro para distinguir, de modo inequívoco, direito e justiça” (DERRIDA, 2010, p. 5).

Assim, levando em consideração as referidas considerações, Derrida começa o seu trabalho, discutindo sobre o idioma no qual deveria se dirigir aos seus ouvintes no colóquio.

Nessa discussão, que aparentemente não possui qualquer relevância, Derrida insere no seu discurso o questionamento sobre justiça, indagando-se do porquê de ser mais justo se dirigir ao seu público na língua do país que sedia o colóquio.

Ele chega à conclusão de que essa justiça sobre qual idioma deve se dirigir ao seu público, na verdade, não é uma lei que possui natureza fácil de identificar, como se verifica em sua fala (DERRIDA, 2010, p. 6):

Devo falar numa língua que não é a minha porque será mais justo, num outro sentido da palavra “justo”, no sentido da justiça, um sentido que diremos, sem refletir demasiadamente por enquanto, jurídico-ético-político: é mais justo falar a língua da maioria, sobretudo quando, por hospitalidade, esta dá a palavra ao estrangeiro. Referimo-nos aqui a uma lei da qual é difícil dizer se é uma conveniência, uma polidez, a lei do mais forte ou a lei equitativa da Democracia. E se ela pertence à justiça ou ao direito.

Assim, toda essa discussão acerca do idioma a ser falado no colóquio se traduz numa organização para se adentrar ao tema da força que a lei possui.

O filósofo destaca que a expressão idiomática da língua inglesa “*to enforce the Law*” (Derrida, 2010, p. 7), não possui nenhum equivalente na língua francesa, uma vez que, na tradução, se perde a menção que a expressão inglesa tem com a força que se emana da lei, como bem menciona o filósofo (Derrida, 2010, p.7-8):

Quando se traduz em francês “*to enforce the Law*” por “aplicar a lei”, perde-se aquela alusão direta, literal, à força que vem do interior, lembrando-nos que o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável.

Assim, a partir dessa reflexão sobre a expressão idiomática inglesa, Derrida afirma que “não há direito sem força” (DERRIDA, 2010, p.8).

Para Derrida, surge um problema que advém dessa força que existe para se aplicar a lei, qual seja, se essa força da lei seria uma força justa ou uma força violenta, instituída por um golpe de força do Estado.

Assim, tendo em vista o misticismo a respeito da origem da dita força da lei, Derrida chega à conclusão de que o Direito se originou nele mesmo, uma vez que, no momento inicial, a lei não é tida como legal ou ilegal, que tal momento inicial foi ensejado por um golpe de força, não existindo qualquer norma prévia que poderia invalidar tais leis.

A partir dessa análise, o filósofo chega à conclusão de que Direito e justiça não são sinônimos, e é a partir desse raciocínio que ele conclui a respeito da viabilidade de desconstrução do Direito, uma vez que, como este (o direito) não foi fundado em questões de justiça, e sim sobre um golpe de força, a justiça não se torna apenas desconstrutível, mas sim a desconstrução se torna a própria justiça.

Nesse panorama, Derrida constrói três aporias para demonstrar o porquê de a desconstrução significar a própria justiça. Tais aporias serão explicadas sucintamente a seguir no intuito de entendê-las.

A primeira, a *epokhé* da regra, diz respeito ao dever do julgador em decidir como se a regra não existisse, tendo que agir como se estivesse inventando aquela regra no momento do julgamento de cada caso concreto e assim se convencer de que a regra anteriormente estipulada é justa para o caso.

A segunda aporia, a assombração do indecível, diz respeito ao fato de que uma decisão justa não é calculável, exigindo assim que se calcule o incalculável, ou seja, o não previsto pela lei.

Por fim, a terceira aporia, a urgência que barra o horizonte do saber, diz respeito a necessidade de rapidez nas decisões para conferir justiça a elas, não permitindo assim uma informação infinita e uma busca sem limites das regras que poderiam justificar a justiça ali procurada. A justiça urge por urgência, devendo a decisão ser proferida o mais breve possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS - O ENQUADRAMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA TEORIA DE JUSTIÇA SUSTENTADA POR JACQUES DERRIDA: A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO POR MEIO DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA VISANDO O FIM DAS MAZELAS CRIADAS PELA ADOÇÃO DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Diante de todo o exposto até o presente momento, verifica-se que o sistema punitivo vigente cria a cultura de judicialização de conflitos em sentido diverso do que se assiste no âmbito do direito civil.

Enquanto que a cultura de judicialização assistida na área civil se dá por conta do simples hábito que as partes envolvidas possuem de submeter a resolução de todos os seus conflitos dessa natureza ao Poder Judiciário, essa cultura no âmbito criminal se dá de outra forma, pois quem propõe as referidas demandas é o próprio Estado, não podendo ser assim resumido em um mero hábito da população que se tornou cultural.

Assim, tendo em vista que não se trata de uma cultura das partes envolvidas e sim do Estado em propor elevado número de demandas judiciais, tem-se a necessidade de se averiguar os interesses inerentes do próprio ente para propor tantos processos.

Esses interesses podem ser resumidos em dois sentidos: primeiro, para manter a soberania do Estado, retirando o poder da vítima em resolver e compensar o próprio dano, transformando esse dano em infração, que é tido quando o indivíduo desobedece e/ou ofende as leis proferidas pelo Estado; e segundo, por querer retirar do convívio em sociedade aqueles indivíduos que não recebem a adequada assistência estatal, e que acabam cometendo as infrações estabelecidas pelo Estado para tentar compensar a ausência de subsídios básicos que deveriam ser oferecidos pelo Estado.

Dessa forma, diante dessa problemática em que o Estado se apodera dos direitos das vítimas em solucionar o próprio conflito e também seleciona os indivíduos que

irão ser parte em um processo criminal, é que emerge a preocupação a respeito do emprego de justiça no sistema punitivo que vigora há séculos.

Como alternativa a esse sistema falho, surge como opção a prática de programas que ensejam a justiça restaurativa, justiça essa que visa retirar o poder de resolução de desavenças penais das mãos do Estado, podendo as partes diretamente envolvidas no ato (autor do ato, vítima e comunidade diretamente afetada) a compor a solução dos próprios conflitos, sem assim a exclusão da vítima do processo penal, bem como tomar decisões que vão reintegrar os infratores na sociedade, e não retirá-los.

As medidas da justiça restaurativa, dessa forma, se enquadram perfeitamente no conceito de justiça apresentado por Jacques Derrida, pois esse tipo de prática acaba por desconstruir o modelo atual de sistema punitivo, transformando em um sistema restaurativo, superando as três aporias dispostas por Jacques Derrida já resumidas no tópico anterior, uma vez que superam as referidas aporias, respectivamente:

- 1) As decisões tomadas pelas partes envolvidas não leva somente em consideração a regra emanada pelo Estado. Antes de se decidir, na verdade, não se preocupa em definir a culpa, mas sim conscientizar o infrator acerca dos danos causados por este, e a vítima se pronuncia em como seria o modo ideal para ressarcimento do dano ocasionado.
- 2) O que é calculado nas decisões tomadas em autocomposição não é algo mensurado pela lei, mas sim algo que as próprias partes sentem por ser justo, verificando-se assim o caráter de incalculável.
- 3) Os acordos celebrados em âmbito da autocomposição são extremamente céleres justamente pelo fato de não se preocupar com infinitas informações e demasiadas justificações para embasar a justiça ali feita. Na justiça restaurativa, a justiça se encontra apenas no fato de as partes envolvidas se sentirem compensadas e devidamente reinseridas no convívio em comunidade.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, vol.15 n.1, jan./jun., 2014, p. 33-63.

_____. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista da ESMESC**, v. 13, n. 19, 2006.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília, 2017.

_____. _____. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Brasília, 2015.

_____. _____. Resolução nº 225, de 2016. **Portal CNJ – Atos Administrativos**. Brasília, 31 mai. 2016. Disponível em: ><http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral e Secretaria Nacional da Juventude. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília, 2015.

BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COPETTI, André. Direito penal e democracia: perspectivas para a efetivação democrática através do sistema punitivo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 4, anual, p. 39-53.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIELLO, Luiza. **Aprovada a resolução para difundir a justiça restaurativa no poder judiciário.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>> Acesso em: 24 de maio de 2017.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados especiais criminais: O procedimento sumaríssimo no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MARSHALL, Tony. The evolution of restorative justice in Britain. **European Journal on criminal policy research.** V. 4, n. 4. Heidelberg: Springer, 1996.

PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Monica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras. Como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação. **Revista do Advogado**, ano XXXIV, nº123, agosto de 2014, p. 75-82.

PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça Restaurativa: a arte do encontro. **Revista do Advogado**, ano XXVIII, nº 101, dezembro de 2008, p. 23 – 28.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 13. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1.675-1.677.