UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LÍVIA FREITAS GUIMARÃES OLIVEIRA

JUSTIÇA RESTAURATIVA E AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE JOHN RAWLS

RIBEIRÃO PRETO

2017

LÍVIA FREITAS GUIMARÃES OLIVEIRA

JUSTIÇA RESTAURATIVA E AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA:

UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE JOHN RAWLS

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), como requisito para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Jonathan Hernandes Marcantonio.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

RIBEIRÃO PRETO

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada devidamente a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

O48j

Oliveira, Livia Freitas Guimarães

Justiça Restaurativa e ampliação do acesso à justiça: uma análise a partir da teoria de John Rawls / Livia Freitas Guimarães Oliveira; orientador Jonathan Hernandez Marcantonio. -- Ribeirão Preto, 2017. 137 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

1. JUSTIÇA RESTAURATIVA. 2. ACESSO À JUSTIÇA. 4. JOHN RAWLS. I. Marcantonio, Jonathan Hernandez, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães

Título: Justiça Restaurativa e ampliação do acesso à justiça: uma análise a partir da teoria de John Rawls

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À minha mãe, sempre.

AGRADECIMENTOS

Do processo seletivo à conclusão do mestrado, o caminho foi percorrido com sucesso graças ao suporte e incentivo de pessoas sem as quais a realização desse trabalho não teria sido possível.

Prof. Dr. Jonathan Hernandez Marcantonio, gostaria de agradecer por todo apoio durante a realização da pesquisa e escrita da dissertação, pela liberdade na escolha do tema e pela confiança na minha capacidade de desenvolver esse trabalho.

Aos meus pais, por tudo e por tanto. Pelo amor e apoio incondicional. Por todo valor que sempre deram a educação. Ao meu pai, Wagner, que seguiu essa etapa comigo até o fim depois de um período tão difícil: a gente “mandou bem”, pai! Muito obrigada!

Lu, Maurílio, José e João: eu nunca vou conseguir colocar em palavras o tamanho da minha gratidão, então peço a Ele que me dê oportunidade de demonstrá-la. Muito obrigada!

Vinícius, Ricardo, Isabela e Samantha: saber que a FDRP me deu amigos para vida é ter certeza de que tudo valeu muito à pena, muito mais do que o esperado. Muito obrigada por todo apoio e ajuda durante esses dois anos. Vocês fizeram o caminho ser mais leve.

À Debrinha, que entrou na minha vida aos sete anos de idade e decidiu permanecer até hoje: que essa decisão seja irrevogável. Muito obrigada pela nossa caminhada de vinte e dois anos!

Ao corpo docente e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP: obrigada por toda a dedicação.

Aos demais amigos – de Ribeirão Preto e Três Corações – e familiares que foram tão importantes para tornar isso possível, muito obrigada por terem me dedicado aquilo que vocês têm de mais precioso: o seu tempo.

RESUMO

OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Justiça Restaurativa e ampliação do acesso à justiça**: uma análise a partir da teoria de John Rawls. 2017. 00 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica. A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça em um direito-chave, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Daí a constatação de que a organização da justiça não pode ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as possibilidades técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos. Desde a década de 70 do século passado, diversos pesquisadores e analistas sociais têm contribuído para colocar em questão as formas de resolução de conflitos características do Estado Moderno, bem como para apontar caminhos e problematizar as experiências concretas de informalização, desjudicialização, mediação e arbitragem que vão surgindo. Pensando no acesso à justiça como um direito primordial sem o qual os demais direitos não se concretizam e nesses meios de resolução de conflitos, o objetivo desse trabalho é analisar se a Justiça Restaurativa é capaz de ampliar o acesso à justiça em sua dimensão material e formal. Atualmente, a importância da Justiça Restaurativa é reconhecida inclusive pela ONU, já que sua prática tem possibilitado a pacificação social, na medida em que sugere uma reavaliação do fenômeno criminológico desde suas causas, passando pela aplicação da justiça até suas consequências futuras. Para chegar ao objetivo do trabalho, a teoria de John Rawls sobre a justiça como equidade é importante para, por meio do instituto do equilíbrio reflexivo, a Justiça Restaurativa ser pensada justamente como um mecanismo de adequação aos princípios essenciais de uma sociedade cooperativa.

Palavras-chave: acesso à justiça; efetividade; justiça restaurativa; John Rawls; justiça como equidade; equilíbrio reflexivo.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Restorative Justice and increasing access to justice:** an analysis based on John Rawls' theory. 2017. 00 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

Access to justice is the theme that more directly equates the relations between process and social justice, formal-legal equality and socioeconomic inequality. The constitutional praise of the new economic and social rights and their expansion alongside the Welfare State turned the right to effective access to justice into a key one, a right whose denial would lead to the denial of all other rights. Hence the conclusion that the organization of justice cannot be reduced to its technical, socially neutral dimension; instead, its social functions must be investigated, particularly in regard to the way technical possibilities convey options in favor of or against social interests that may diverge or even antagonize. Since the 1970s, many researchers and social analysts have contributed to question the ways of conflict resolution that characterize the Modern State, as well as to point ways and problematize concrete experiences of informalization, non-judicialization, mediation and arbitration that emerge. Considering access to justice as a primordial right without which the other ones do not materialize and taking into account these ways of conflict resolution, this work aims to analyze whether Restorative Justice is able to extend the access to justice in its material and formal dimensions. Currently, the United Nations recognizes the importance of Restorative Justice, since its practice enables social pacification by means of suggesting a reevaluation of the criminologic phenomenon already in its causes and also of the application of justice and its future consequences. To get to the central point of the work, John Rawls' theory on justice as fairness, by means of the institute of the reflective equilibrium, is important for Restorative Justice to be thought exactly as a mechanism of adequacy to the essential principles of a cooperative society.

Keywords: access to justice; effectiveness; restorative justice; John Rawls; justice as fairness; reflective equilibrium.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A TEORIA DE JONH RAWLS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA	21
1.1 Uma teoria da justiça: os conceitos elementares da teoria de John Rawls	25
1.1.1 <i>Justiça como equidade</i>	27
1.1.2 <i>O contratualismo de Rawls, a posição original e o véu da ignorância</i>	29
1.1.3 <i>Os princípios da justiça</i>	33
1.2 A sociedade de Rawls	36
1.2.1 <i>A sociedade bem ordenada, a estrutura básica e o sistema democrático</i>	38
1.2.2 <i>As forças estabilizadoras: a desobediência civil e o equilíbrio refletido</i>	41
1.3 A Justiça Restaurativa na teoria de Rawls: análise a partir do equilíbrio reflexivo	44
2 ACESSO À JUSTIÇA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA	55
2.1 O direito fundamental de acesso à justiça	58
2.1.1 <i>Evolução Histórica do Acesso à Justiça e sua manifestação em alguns países</i>	65
2.1.2 <i>O conceito e os obstáculos para o efetivo acesso à justiça</i>	72
2.2 A justiça restaurativa	80
2.3 Ampliação do acesso à justiça por meio da justiça restaurativa	89
3 O CONTEXTO BRASILEIRO	95
3.1 O acesso à justiça no Brasil	96
3.2 A justiça restaurativa no Brasil	105
3.2.1 <i>Os programas de justiça restaurativa no Brasil: RS, DF, SP e MA</i>	113
CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

A igualdade perante a lei representa uma das mais importantes conquistas da modernidade. A prevalência do indivíduo significou, antes de tudo, que nenhum atributo externo teria força para predeterminar qualquer distinção social, ou seja, o indivíduo é concebido como um ser de direitos, que antecede o Estado e a sociedade.¹

A crença de que os direitos do homem correspondiam a uma qualidade intrínseca ao próprio homem e que, como tal, nada se devia à sociedade nem às autoridades constituídas, implicou enquadrar a justiça em outro paradigma. De fato, as elaborações teóricas *jusnaturalistas*, desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII têm em comum não apenas a caracterização do homem como sujeito, como portador de direitos, ente individual autônomo, mas também a afirmação de que a realização dos direitos naturais e da lei universal exigem que a justiça seja administrada por uma instituição independente. Houve uma mudança de qualidade nos termos da discussão, uma grande revolução, tanto do ponto de vista da concepção sobre o homem como sobre a sociedade e o poder.²

Tais inovações implicaram uma nova compreensão a respeito da desigualdade: toda e qualquer desigualdade transforma-se em uma desigualdade provocada pelo arranjo social, pelo ordenamento estatal. A sociedade e o Estado são resultados, são produzidos pelo homem e não o inverso. Assim, a desigualdade deixa de ser natural, transformando-se em problema. Por outro lado, a sociedade e o Estado – posteriores formalmente ao indivíduo – devem respeitar os atributos individuais. Caso contrário, não se constituem instituições legítimas, podendo/devendo, em consequência, ser reformuladas ou refundadas.³

Estas concepções produzem consequências na prática e na vida social. Um dos mais importantes efeitos da incorporação de direitos é reduzir as desigualdades. De fato, historicamente, o processo de ampliação dos direitos de cidadania representou uma expressiva diminuição nos níveis de exclusão social. O reconhecimento da igualdade perante a lei traduziu-se em significativo aumento das possibilidades de usufruir dos bens coletivos.

¹ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. *Justiça, cidadania e democracia* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 11 de agosto de 2017, p. 171.

² SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 171.

³ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 171-172.

Teoricamente, pode-se inclusive supor que quanto mais desigual for uma sociedade, maiores são os efeitos de uma agenda universalista de direitos, isto é, a igualdade prevista na lei tem condições de reduzir as consequências provocadas pelas desigualdades econômicas e social.⁴

O rol de direitos aceito em uma determinada sociedade define o âmbito da igualdade, ou seja, os componentes da igualdade indicam os aspectos em relação aos quais as diferenças existentes entre indivíduos e grupos tornaram-se inaceitáveis. Neste processo, realiza-se a passagem de uma sociedade fechada, fundada em privilégios e prerrogativas, para uma sociedade, em princípio, aberta e sem distinções. A cada conquista, novos traços vão sendo incorporados como componentes da igualdade, reduzindo-se, em decorrência, as barreiras para a participação nos bens coletivos (materiais e simbólicos). O rol de direitos de uma sociedade corresponde à dimensão da desigualdade vista como tolerável. Assim, quanto maior o número de componentes da igualdade, menor o número de aspectos admitidos como diferenciadores entre os indivíduos e grupos.⁵

O conceito de igualdade define e dá conteúdo ao de cidadania. Ser “igual” e ser “cidadão” são conceitos que sofreram profundas alterações do mundo clássico greco-romano, onde tiveram origem, aos nossos dias. Daí seus significados e conteúdos serem variáveis historicamente e em cada realidade social. Ser “igual” no século XVII não é o mesmo que ser um “igual” nos séculos seguintes. Da mesma forma, há apreciáveis diferenças entre os vários países.⁶

Do ponto de vista da análise histórica das sociedades, não existe, pois, uma igualdade abstrata, pré-definida. O que se constata é uma igualdade variável no tempo e no espaço, formada por componentes específicos e diversificados. Estes traços resultam de embates concretos, de movimentos políticos, nem sempre em uma direção única. A meta igualitária, ainda que por vezes repleta de acidentes, se traduz em uma ampliação do rol de direitos e em uma maior inclusão social.⁷

Para cada momento histórico e para cada país, determinadas desigualdades passam a ser consideradas inadmissíveis, incorporando-se, em consequência, tais traços à concepção de igualdade. Assim, é possível sustentar que a concepção contemporânea de igualdade possui, com certeza, uma dimensão significativamente mais ampla e complexa que aquela do século

⁴ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 172.

⁵ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 174.

⁶ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 174.

⁷ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 174.

XVIII, quando se consagraram os primeiros direitos civis na Inglaterra. A conquista de direitos civis, políticos e sociais se substancia em um amálgama de ingredientes, cujo resultado define os parâmetros e o conteúdo da igualdade.⁸

O reconhecimento formal de direitos, contudo, não implica diretamente na sua efetivação e daí a distância entre a legalidade e a realidade. O fato, porém, das relações concretas não espelharem a igualdade prevista em lei, não diminui o valor da legalidade. Ao contrário, indica a existência de um desafio assumido pelos grupos sociais que tiveram força política suficiente para conferir o estatuto legal para tais direitos. Em consequência, ainda que não respeitados, não dá no mesmo a presença ou não de direitos formalizados em diplomas legais. A não coincidência entre o mundo real e o legal adverte para a necessidade de se construir mecanismos que garantam a sua aproximação.⁹

As instituições que compõem o sistema de justiça representam o espaço garantidor da legalidade e, nesta medida, da possibilidade concreta de realização da igualdade. Assim, a garantia de acesso ao sistema de justiça identifica-se com a condição real de transformação da igualdade jurídica e dos preceitos formais, em algo material e concreto. Efetivamente, o rol de direitos constitutivos da igualdade depende, para sua efetivação, da existência e da atuação das instituições que compõem o sistema de justiça.¹⁰

De fato, pouco significam os direitos se não houver mecanismos para sua concretização. A possibilidade real do recurso à justiça é a condição básica para esta aproximação entre a igualdade formal e a substantiva – trata-se da possibilidade de se passar da intenção para a prática. O acesso à justiça tem um significado mais amplo que acesso ao judiciário. Acesso à justiça significa a possibilidade de lançar mão de canais encarregados de reconhecer direitos, de procurar instituições voltadas para a solução pacífica de ameaças ou de impedimentos a direitos. O conjunto de instituições estatais concebidas com a finalidade de afiançar os direitos designa-se sistema de justiça.¹¹ Pensando no acesso à justiça como um direito sem o qual a concretização de nenhum outro é possível, passa-se ao questionamento de quais meios poderiam ampliar o acesso não apenas ao judiciário, mas à uma ordem jurídica justa, que dê respostas satisfatórias aos anseios e conflitos individuais e sociais.

⁸ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 175.

⁹ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 175.

¹⁰ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 175.

¹¹ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 175.

Desde a década de 70 do século passado, diversos pesquisadores e analistas sociais têm contribuído para colocar em questão as formas de resolução de conflitos características do Estado Moderno, bem como para apontar caminhos e problematizar as experiências concretas de informalização, desjudicialização, mediação, arbitragem e metodologia restaurativa que vão surgindo.

As práticas de justiça restaurativa são antigas, sendo que muitos povos se valeram delas para solucionar seus conflitos, cada um a seu modo. No entanto, o interesse moderno por esse método surgiu apenas em meados do século XX. Nos anos de 1957-58, o psicólogo americano Albert Eglash publicou uma série de artigos em que desenvolveu sua ideia de reparação criativa (*creative restitution*), um dos quais - *Beyond Restitution: Creative Restitution* – foi adaptado para inclusão numa antologia de 1977 chamada *Restitution in Criminal Justice*, obra esta de Joe Hudson e Burt Gallaway que tornou o novo conceito mais conhecido. Eglash sugeriu, à época, que três eram os tipos de justiça criminal, a saber: a justiça retributiva, baseada na punição; a justiça distributiva, baseada no tratamento terapêutico dos ofensores; e a justiça restaurativa, baseada na reparação. Várias foram as condições que possibilitaram o ressurgimento contemporâneo dos modelos restaurativos, mas pode-se dizer que o principal fator tenha sido a crise do sistema retributivo em que são protagonistas o direito penal e processual penal. Relacionado a este principal fator, estão o fortalecimento do movimento de contestação das instituições repressivas, o resgate do papel da vítima e a valorização da comunidade nos processos de solução de conflitos.¹²

O tema da justiça restaurativa vem sendo trabalhado também no sentido de se pensar se seus procedimentos garantiriam maior efetividade no acesso à justiça. Isso porque, como explicado nos parágrafos anteriores, o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça em um direito-chave, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça não pode ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, devendo investigar-se as funções sociais

¹² JUSTIÇA RESTAURATIVA. Disponível em < <http://justicarestaurativa.weebly.com/origem.html> > Acesso em 11 de agosto de 2017.

por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos.

A onda neoliberal não faz um discurso apenas econômico ou que de alguma forma detenha um conteúdo meramente econômico. As discussões internacionais têm levado mais a cabo a ideia de retorno a uma humanidade perdida. Ao final da Segunda Guerra Mundial, o espírito internacional direcionava-se para o pleito de uma reconstrução, mas essa reconstrução não era apenas material. Ela tinha o intuito de reestabelecer o pilar humanístico da sociedade global, buscando não só a reconstrução de cidades, monumentos e demais construções simbólicas, mas também a reconstrução do espírito de toda a humanidade, já tão descrente de valores.¹³

Assim, dentre os autores que se preocuparam com essa redescoberta, John Rawls reconstrói, por meio de sua teoria, os padrões liberais – tanto econômico quanto políticos e ideológicos – com formas renovadas e meios de resgate valorativo, que trazem novas forças ideológicas na busca de uma forma justa de distribuição e de bem-estar. A Teoria da Justiça viabiliza condições mínimas e gerais de igualdade, para que os membros de uma dada sociedade tenham acesso a todos os setores desta, podendo, assim, buscar seus interesses de uma forma individual. A sociedade de John Rawls vista de uma ótica ausente de valores ou princípios, consiste em um conglomerado de indivíduos que tentam absorver ao máximo o disponível, cada um para si – a sociedade rawlsiana é o retrato da própria sociedade liberal. A descrição feita pelo autor vai além de moldes descritivos: o objetivo maior é tentar buscar formas que viabilizem o acesso de todos os membros da sociedade a todas as suas instituições. Para tanto, o autor vai obter tais resultados na chamada escolha racional e com esse intuito, Rawls auxilia-se nas clássicas formulações dos contratualistas e tenta resgatar, de forma generalizada o “acordo social”. No entanto, Rawls se depara com um problema relevante: como manter o acordo em um padrão de respeitabilidade entre os membros acordantes da sociedade, ou seja, o que fazer perante a possibilidade de o contrato social levantado não conseguir atribuir à sociedade a igualdade equitativa?¹⁴

Para a solução desse problema o autor apresenta duas soluções: o equilíbrio reflexivo e a desobediência civil. Interessa nesse trabalho a análise do equilíbrio reflexivo, pois vem desse instituto a justiça restaurativa na teoria de Rawls: um dos mecanismos para se chegar ao

¹³ MARCANTONIO, Jonathan Hernandez. *Justiça, moral e linguagem em Rawls e Habermas*: configurações da filosofia do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

¹⁴ MARCANTONIO, *Justiça, moral e linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 43-48.

equilíbrio reflexivo e readequar os princípios de modo a alcançar a igualdade equitativa é a justiça restaurativa que, por sua vez, pode também ser mecanismo de ampliação do acesso à justiça.¹⁵

O objetivo central do trabalho é verificar se, de fato, a justiça restaurativa é capaz de ampliar o acesso efetivo à justiça, tanto em seu aspecto formal quanto material. Para alcançar esse objetivo, optou-se por estruturar a pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo é abordada a teoria de John Rawls, apresentando alguns dos conceitos mais importantes de “Uma Teoria da Justiça”, com ênfase no “equilíbrio reflexivo” – instituto fundamental para fazer o *link* com a justiça restaurativa. No segundo capítulo é discutido como a justiça restaurativa pode ampliar o acesso à justiça, fazendo análise do direito fundamental de acesso à justiça e dos aspectos mais relevantes da justiça restaurativa: como está disciplinada no âmbito internacional, as práticas e a metodologia restaurativas. No terceiro capítulo são abordados como é o acesso à justiça e a justiça restaurativa especificamente no Brasil, a fim de verificar se os programas restaurativos que já funcionam no país estão sendo efetivos para a solução de conflitos e para o acesso a uma ordem jurídica justa.

¹⁵ MARCANTONIO, *Justiça, moral e linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 48.

1 A TEORIA DE JONH RAWLS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A teoria da justiça como equidade foi apresentada por John Rawls em 1971, com a publicação da obra *A Theory of Justice*, que estabeleceu um novo marco em filosofia política na segunda metade do século XX, no mundo ocidental. Sua teoria da justiça como equidade parte de um pressuposto ético motivacional, defendendo a tese da co-originalidade de liberdade (*liberty*) e igualdade (*equality*) em uma sociedade marcada pelo pluralismo razoável (*reasonable pluralism*) de doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*), visando fornecer uma orientação filosófica e moral para as instituições democráticas.

Em sua primeira obra, o autor se propõe, como tarefa central, dizer em que condições uma sociedade justa é constituída. A partir daí, passa a se preocupar com o que seria (e como deveria ser realizada) uma justa distribuição dos bens sociais primários entre os cidadãos. Para isso, seria necessária uma concepção de justiça amplamente aceita, que, escolhida em circunstâncias de imparcialidade, obteria a livre adesão de todos por ser o pensamento que melhor resolveria os problemas de distribuição de bens e direitos na sociedade. Essa ideia de justiça representa, acima de tudo, para o autor americano, um padrão para avaliar as principais instituições políticas, sociais e econômicas. E entre essas instituições, encontram-se a Constituição e os principais arranjos econômicos – ou a estrutura básica da sociedade.¹⁶

A chave para o entendimento de “Uma Teoria da Justiça” é a posição original, pois nela se encontra uma série de elementos com funções representativas na obra de Rawls. Trata-se de uma situação artificial, hipotética, construída com o objetivo procedimental de proporcionar uma eleição racional na escolha de princípios de justiça. A posição original e as partes completam-se com o designado *véu da ignorância*, ficção que objetiva impedir as partes de ter maiores conhecimentos sobre suas próprias vidas. O véu da ignorância tem a função de levar as partes na posição original a raciocinar como se nada tivessem, ou seja, como se fossem desprovidas de beleza, riqueza, inteligência e de outros talentos valorados socialmente. Chega-se, então, aos princípios da justiça que, em qualquer teoria, têm como objetivos: a) informara organização da sociedade; b) fornecer um padrão para a resolução dos

¹⁶ LOIS, Cecília Caballero; PINHEIRO, Tomaz Martinez. Justiça, Igualdade e Constituição em John Rawls: consenso constitucional e democracia na justiça como equidade. *Confluências: revista interdisciplinar de sociologia e direito*. V. 14. N. 2. 2012. P. 1-2. Disponível em < [http:// www.confluencias .uff.br/ index.php/ confluencias/ article/ view/203](http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/203) >. Acesso em 20 de abril de 2017.

conflitos; c) servir de base à argumentação em decisões judiciais. O que Rawls deseja, porém, é que seus princípios sejam escolhidos dentre todas as possibilidades que se apresentam à escolha de uma pessoa moral. Rawls defende a ideia de que princípios da justiça devem aplicar-se à estrutura básica da sociedade e torna sua proposta mais aceitável quando insere em sua estrutura aquela que seria sua característica metodológica essencial: os juízos ponderados em equilíbrio reflexivo. Inicialmente, trata-se do recurso que Rawls usa para argumentar a favor da aceitabilidade prática dos princípios da justiça. O autor busca uma “articulação” entre a posição original e o equilíbrio reflexivo, fazendo deste último o termo de adesão dos indivíduos ao contrato¹⁷.

A justiça, para Rawls, teria duas funções primordiais: estabelecer uma convivência segura e pacífica e, ainda, servir de base à formulação de uma carta para uma sociedade bem ordenada. Vale ressaltar que o autor faz um corte epistemológico importante em sua obra: a aplicabilidade e viabilidade de “Uma Teoria da Justiça” apenas em países liberais e democráticos, onde haja a perspectiva de alcance dos princípios da justiça propostos.

Segundo John Rawls, as instituições básicas da sociedade não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes: elas devem ser, sobretudo, justas e, se não forem, deverão ser extintas ou reformadas. A partir desse tipo de critério – que leva o autor a caracterizar a justiça como a primeira virtude das instituições sociais – Rawls orienta boa parte de seu trabalho para responder à pergunta sobre quando podemos dizer que uma instituição funciona de modo justo.¹⁸

Procurando responder a perguntas como a citada, a teoria rawlsiana surgiu disputando um lugar já ocupado por outras concepções teóricas. De fato, Rawls define como principal objetivo de sua obra “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa viável a doutrinas que dominaram por muito tempo nossa tradição filosófica”.¹⁹ Essas doutrinas às quais se refere são o intuicionismo e o utilitarismo (sobretudo ao utilitarismo).

O intuicionismo se caracteriza por duas marcas principais: por um lado essa postura teórica afirma a existência de uma pluralidade de princípios de justiça, capazes de entrar em conflito uns com os outros; por outro, essa postura considera que não contamos com um método objetivo capaz de determinar, em caso de dúvidas, qual princípio escolher entre os

¹⁷ LOIS, PINHEIRO, *Justiça, Igualdade e Constituição em John Rawls... cit.*, p. 3-4.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p. 1.

¹⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Martins Fontes: São Paulo, 1997, p. 3.

muitos que existem, ou como estabelecer regras de prioridade entre eles. A única atitude que se pode tomar diante dessa variedade de princípios é avaliá-los de acordo com nossas intuições, até determinar qual princípio nos parece mais adequado em cada caso. Rawls opõe-se ao intuicionismo a partir do que considera a falha mais óbvia dessa postura: a incapacidade de propor um sistema de regras capaz de hierarquizar as intuições (sobre qual princípio de justiça adotar em determinada situação), no caso habitual de serem gerados conflitos entre elas. Soma-se a isso o fato de que o intuicionismo não nos oferece uma boa orientação para distinguir intuições corretas de incorretas, nem esclarece de forma satisfatória como distinguir uma intuição de uma mera impressão ou palpite. Mesmo assim, Rawls reconhece que não se pode almejar eliminar todo apelo a princípios intuitivos – o que se deve fazer é recorrer a eles o mínimo possível. Dessa forma, John Rawls procura escapar dos riscos próprios do intuicionismo, mas reconhece a necessidade de um lugar para nossas intuições na tarefa de buscar uma teoria da justiça.²⁰

Já o utilitarismo, Rawls define como aquela postura que considera um ato como correto quando maximiza a felicidade geral. Já nessa básica formulação do que é a doutrina utilitarista ela aparece como mais e menos atraente que o intuicionismo. O utilitarismo possui um método capaz de organizar diferentes alternativas diante de possíveis controvérsias morais. O intuicionismo, ao revés, não tem essa capacidade. Contudo, Rawls tende a rejeitar o utilitarismo em seu aspecto de concepção “teleológica” ou “consequencialista”: característica esta não necessariamente associada ao intuicionismo. Rawls, como muitos outros liberais, defende uma concepção não-consequencialista (“deontológica”), isto é, uma visão segundo a qual a correção moral de um ato depende das qualidades intrínsecas dessa ação – e não, como ocorre nas posturas “teleológicas”, de suas consequências, de sua capacidade para produzir certo estado de coisas previamente avaliado. Deve-se reconhecer, ainda, que o desafio teórico representado pelo utilitarismo tem sido, em geral, muito mais sério que o representado pelo intuicionismo. Há uma tendência em favorecer soluções utilitaristas quando se tem dúvida sobre como decidir algum dilema moral. Age-se de modo “consequencialista” quando, com a finalidade de avaliar determinado curso de ação, examina-se o modo como tal ação contribui para a obtenção de um certo estado de coisas que se considera bom – o utilitarismo representa uma espécie notável dentro desse gênero de soluções consequencialistas.²¹

²⁰ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 1-2

²¹ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 3-4

Cabe ressaltar o fato de que o utilitarismo sugere que, em casos de dúvidas sobre qual política adotar frente a determinado conflito de interesses, se deve avaliar as distintas alternativas em jogo, considerando os interesses dos diferentes indivíduos que poderiam ser beneficiados ou prejudicados a partir de tais opções. Esse fato isolado merece ser destacado, considerando-se que outras concepções de justiça, por meio da invocação de princípios abstratos ou autoridades sobrenaturais, não se importam com o que suas propostas podem implicar efetivamente para as pessoas “reais” sobre as quais irá recair a solução que discutem.²²

Contra o utilitarismo, Rawls contesta o pressuposto segundo o qual o bem-estar é o aspecto da condição humana que requer atenção normativa e faz essa crítica por dois motivos. Primeiro que essa perspectiva implica, indevidamente, considerar relevantes o que pode-se chamar de os “gostos caros” das pessoas – uma postura como o utilitarismo do bem-estar deverá dotar uma pessoa de mais recursos que outra para satisfazer suas exigências menos modestas e isso implicaria considerar os indivíduos como meros “portadores passivos de desejos”. O fato é que, pelo contrário, as pessoas são pelo menos parcialmente responsáveis pelos gostos que têm, já que elas formam e cultivam em parte suas preferências. Por isso, seria injusto empregar os escassos recursos da sociedade do modo recomendado pelo utilitarismo. Essa também é a razão pela qual Rawls vai defender uma medida objetiva – os bens primários – e não subjetiva, na hora de determinar como distribuir os recursos da sociedade de modo justo, igualitário.²³

Segundo, o utilitarismo possibilita o que poderíamos chamar preferências ou gostos “ofensivos”. Com isso quer dizer que, no “cálculo” proposto pelo utilitarismo, pode ser computado, por exemplo, o prazer que uma pessoa tenha em discriminar outra ou de restringir a liberdade de outros. De uma perspectiva igualitária, diria Rawls, essas preferências “externas”, isto é, preferências sobre a destinação de bens para outras pessoas. A ideia é que o utilitarismo deixa de se apresentar como uma postura igualitária quando permite que entrem no “cálculo maximizador” preferências externas.²⁴

Por fim, em sua crítica ao utilitarismo, Rawls afirma que uma proposta como a apresentada por essa teoria não seria capaz de encontrar apoio em uma situação contratual hipotética. Ou seja, se houvesse oportunidade de se discutir, enquanto sujeitos livres e iguais,

²² GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 4.

²³ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 8.

²⁴ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 10.

sobre qual teoria da justiça deveria organizar nossas instituições, tender-se-ia a deixar o utilitarismo de lado porque ele acaba se revelando como uma doutrina exigente demais. De fato, quando se adota uma concepção como a utilitarista, é possível esperar que surjam situações nas quais os direitos fundamentais de alguns sejam questionados em nome dos interesses da maioria. Isso é o que leva Rawls a afirmar que tal doutrina não é capaz de garantir as bases de sua própria estabilidade.²⁵

Estabelecidos os conceitos básicos da teoria rawlsiana e as principais críticas do autor ao utilitarismo e ao intuicionismo, passa-se a discorrer sobre cada um dos institutos mais importantes de “Uma Teoria da Justiça” com o objetivo de, ao final deste primeiro capítulo, identificar a presença da Justiça Restaurativa dentro da obra de John Rawls e como ela pode ser um importante mecanismo para a readequação dos princípios de justiça, de modo a se chegar à igualdade equitativa.

1.1 Uma teoria da justiça: os conceitos elementares da teoria de John Rawls

Em 1971 John Rawls publicou “Uma Teoria da Justiça” e propôs a noção de “justiça como equidade”. Trata-se de uma concepção segundo a qual os mais ponderados e razoáveis princípios de justiça seriam estabelecidos sobre a base contratual de um acordo comum entre sujeitos em condições formais de equidade. Os princípios aí acertados configuram uma compreensão liberal sobre bases fundamentalmente amplas de justiça e são articulados a partir da ideia de contrato social, pela qual as desigualdades reais de renda e riqueza seriam delineadas por princípios morais razoáveis. Durante a década de 1980 Rawls realiza um notório redimensionamento da concepção de justiça apresentada nos anos anteriores. Uma reavaliação que de forma mais embrionária é testemunhado em “A Teoria da Justiça como Equidade: uma Teoria Política, e não Metafísica”, de 1985, e bastante bem caracterizado no seu “O Liberalismo Político”, de 1993. A maior novidade nessas últimas abordagens sobre a concepção de justiça envolve a compreensão de que a análise liberal se define melhor enquanto entendimento estritamente político de justiça. Isso porque as sociedades democráticas, compostas por instituições sociais e políticas livres, são fortemente

²⁵ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 12-13.

caracterizadas por uma pluralidade irreduzível de doutrinas razoáveis (filosóficas, religiosas e éticas) no mais das vezes inconciliáveis entre si.²⁶

Já em sua segunda obra, “O Liberalismo Político”, o autor se propõe a superar alguns dos problemas constatados na discussão pública de “Uma Teoria da Justiça”. Contudo, não se afasta do anseio pela concretização da democracia constitucional, pois a situa em bases bem mais realistas. Trata-se, agora, de encontrar os termos que permitam a estabilidade em uma sociedade profundamente dividida por doutrinas incompatíveis. O autor parte, então, para a tentativa de construir um sistema teórico capaz de oferecer formas institucionais a partir das quais seja possível atingir os objetivos propostos. É nesse momento que o autor propõe o reconhecimento de uma concepção política de justiça. Esse ponto de convergência seria um acordo mínimo de valores democráticos que as doutrinas abrangentes estariam dispostas a aceitar (*overlapping consensus*). Essa compatibilidade mínima de valores entre as variadas formas de vida (doutrinas filosóficas, morais e políticas) ainda que mínima, é condição necessária para garantir a estabilidade e a permanência de um regime constitucional pautado na liberdade e na igualdade.²⁷

A revisão da teoria da “justiça como equidade” com valores edificados sobre bases morais abrangentes, e como algo que ocorre em paralelo com o desenvolvimento da concepção de liberalismo político, encontra sua forma mais bem acabada na obra “Justiça como Equidade: uma Reformulação”, que veio a público em 2002 (o mesmo ano da morte de John Rawls). O subtítulo da obra faz referências às exigências de reformulações de certas concepções e argumentos, cuja necessidade Rawls pôde se dar conta tanto pela proposta mesma de demarcar limites políticos mais aceitáveis à concepção de justiça, quanto pelas críticas que foram dirigidas à compreensão de justiça como parte de uma visão moral abrangente, apresentada em 1971. Rawls admite assim que enquanto forma delimitada e mais razoável de liberalismo, a teoria da justiça demanda a reconsideração de certos argumentos, conceitos e ideias elementares que fundamentam os princípios de justiça como equidade: define esta enquanto elemento fundamental cuja consecução enfoca a “estrutura básica” numa sociedade concebida como “sistema equitativo de cooperação”.²⁸

²⁶ OLIVEIRA, Cícero. Justiça e Equidade em John Rawls. *Revistas USP: Cadernos de Ética e Filosofia Política*. Nº 27. 2015, p. 113-114. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/cefp/issue/view/8623> > Acesso em 10 de abril de 2017.

²⁷ LOIS, PINHEIRO, *Justiça, Igualdade e Constituição em John Rawls... cit.*, p. 2.

²⁸ OLIVEIRA, *Justiça e Equidade em John Rawls... cit.*, p. 115.

O objetivo desse primeiro item do primeiro capítulo é discorrer sobre alguns dos principais pontos da teoria de John Rawls, quais sejam: a própria noção de justiça como equidade, o contratualismo rawlsiano, a posição original, o véu da ignorância e, por fim, os princípios. A finalidade de se tratar desses conceitos é para que, a partir deles, se consiga estabelecer ao final do capítulo a ligação entre a teoria de Rawls e a “justiça restaurativa”. Não se pretende aqui aprofundar demasiadamente em cada um deles, mas apenas expor as explicações-chaves para o desenvolvimento do trabalho. Para tanto, os textos norteadores desse item serão aqueles da obra do autor (“Uma Teoria da Justiça”; “O Liberalismo Político”; “Justiça como Equidade: uma reformulação”; “Justiça e Democracia”) e de autores que escreveram sobre a teoria de Rawls.

1.1.1 *Justiça como equidade*

Assim que inicia o primeiro capítulo de “Uma Teoria da Justiça”, John Rawls afirma que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais [...] e as leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas”.²⁹ A partir dessa premissa, o autor passa a explicar qual seria a percepção de justiça mais adequada a uma sociedade bem ordenada e cooperativa. O seu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a já conhecida teoria do contrato social desenvolvida por filósofos como Locke, Rousseau e Kant. A ideia central é de que os princípios da justiça que irão compor a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, com o intuito de promover seus próprios interesses, aceitariam em uma posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. À maneira de considerar os princípios da justiça, Rawls chama de justiça como equidade (*justice as fairness*). Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social.³⁰

A situação original é equitativa entre os indivíduos tomados como pessoas éticas capazes de um senso de justiça e os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. A justiça como equidade transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa

²⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 3-4.

³⁰ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 13.

situação inicial que é equitativa – situação essa que deve ser caracterizada por acordos totalmente aceitos. A justiça como equidade consiste em duas partes: a primeira é uma interpretação de uma situação inicial e do problema da escolha colocada naquele momento; a segunda é um conjunto de princípios que seriam aceitos consensualmente.³¹

São dois esses princípios que os sujeitos na posição original escolheriam: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, e o segundo estabelece que desigualdades econômicas e sociais são justas somente se resultarem em benefícios compensatórios para cada um, sobretudo os membros menos favorecidos da sociedade.³² A função desses princípios é definir os termos equitativos de cooperação social. Eles especificam os direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas instituições mais importantes, sejam elas políticas ou sociais, além de regularem a divisão de benefícios da cooperação social e distribuírem os encargos necessários para mantê-la.³³ Existe a prioridade do justo em relação ao bem e esse fato acaba sendo a característica central da concepção da justiça como equidade: impõe certos critérios ao modelo da estrutura básica como um todo sendo que eles não devem gerar tendências e atitudes contrárias aos dois princípios da justiça, além de que devem assegurar que as instituições justas estão estáveis.³⁴

Rawls não discute, portanto, a justiça em termos doutrinários clássicos, mas a justiça como equidade, tendo em vista serem equitativas as condições em que os participantes do acordo original elegem os princípios de justiça, em deliberação racional. A justiça como equidade é um exemplo de concepção liberal – emerge do interior de certa tradição política. Adota como ideia organizadora básica a da sociedade como sistema justo de cooperação através do tempo e da substituição das gerações. São ideias afins: a dos cidadãos comprometidos com a cooperação, a das pessoas livres e iguais, a da sociedade bem ordenada.³⁵ A justiça política, que transfere a equidade das condições do acordo para os princípios, acaba sendo puramente procedimental resultado de uma construção.

³¹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 13-21

³² RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 16.

³³ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 10.

³⁴ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 34.

³⁵ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 7

1.1.2 O contratualismo de Rawls, a posição original e o véu da ignorância

O contratualismo tem considerável importância na teoria da justiça de John Rawls, assim como ocupa um lugar significativo na tradição filosófica e política liberal. Em uma discussão sobre a plausibilidade de certa concepção teórica ou de alguma medida política específica, e ante a pergunta sobre por que dar valor à determinada proposta diante de possíveis alternativas, boa parte do liberalismo admite como correta aquela resposta capaz de demonstrar que a proposta em questão é aprovada por todos os sujeitos potencialmente afetados por ela.³⁶

Essa importância dada ao contratualismo deve-se ao fato de ele ajudar a responder duas perguntas básicas das teorias morais: 1) O que a moral exige de nós? 2) Por que devemos obedecer a certas regras? A resposta que o contratualismo dá à primeira pergunta é: a moral exige que cumpramos aquelas obrigações que nos comprometemos a cumprir. E à segunda, ele afirma que a razão pela qual se deve obedecer a certas regras é porque se estabeleceu comprometimento com isso. Não é por acaso que, nesse sentido, o contratualismo como resposta teórica tenha surgido e se tornado popular depois de uma época em que perguntas como as mencionadas recebessem resposta apenas por meio da religião. Desde o início do iluminismo, o contratualismo foi a forma mais atraente de preencher o espaço deixado pelas explicações religiosas sobre questões morais e o problema da autoridade.³⁷

O contrato social de Rawls é hipotético, celebrado em condições imaginadas como ideais. Trata-se, com efeito, de um contrato englobando certos princípios supostamente aceitos numa situação inicial bem definida. Como o próprio autor menciona, “o objetivo da abordagem contratualista é o de estabelecer que tomados em seu conjunto esses pressupostos estabelecem parâmetros adequados para os princípios de justiça aceitáveis”.³⁸ É um arranjo inicial hipotético no qual todos os bens primários sociais são distribuídos igualmente.³⁹ Se Rawls desenvolve sua própria concepção em termos de um contrato hipotético, isso se deve ao valor desse recurso teórico como meio para pôr à prova a correção de algumas instituições

³⁶ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 13-14.

³⁷ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 14

³⁸ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 20.

³⁹ NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 30-31.

morais: o contrato tem sentido fundamentalmente porque reflete o *status* moral igual, a ideia de que todos se equivalem.⁴⁰

O contrato de Rawls tem como objetivo estabelecer certos princípios básicos de justiça e esses não pretendem resolver casos particulares ou problemas cotidianos de justiça. Eles surgem muito mais como critérios a fim de serem aplicados à estrutura básica de uma comunidade e são empregados em sociedades bem organizadas, nas quais vigoram circunstâncias de justiça, que “podem ser definidas como as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária”⁴¹ Essas sociedades são aquelas nas quais não existe nem a extrema escassez nem a abundância de bens; as pessoas são mais ou menos iguais entre si (capacidades físicas e mentais) e também são vulneráveis às agressões dos demais. No que diz respeito à escolha dos princípios de justiça, as condições procedimentais imparciais levam ao que Rawls denomina de “justiça como equidade”. Nesse sistema, considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas, colocadas em uma posição de igualdade. Para atingir essas condições, o filósofo recorre à “posição original”.⁴²

Em “Uma teoria da justiça” a posição original está definida

de modo a ser um *status quo* no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade é capaz de usar a ideia da justiça procedimental pura desde o início. Fica claro, então, que a posição original é uma situação puramente hipotética.⁴³

A posição original, de fato, é uma ficção cujo fim é resguardar a imparcialidade da escolha coletiva. Para chegar a esse objetivo, os participantes do acordo procedem como se realmente não existissem quaisquer condicionamentos.⁴⁴ Ela tende a refletir a intuição de Rawls de que a escolha de princípios morais não pode estar subordinada às situações particulares. Para impedir a influência indevida das circunstâncias próprias de cada um, o autor imagina uma discussão entre indivíduos racionais e interessados em si mesmos, que se propõem eleger por unanimidade os princípios sociais que deverão organizar a sociedade. Vale aqui ressaltar o que John Rawls considera ser uma *pessoa racional*:

⁴⁰ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 18.

⁴¹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 136

⁴² GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 19.20.

⁴³ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 129-130

⁴⁴ NEDEL, *A teoria ético-política de John Rawls... cit.*, p. 52.

O conceito de racionalidade invocado aqui, a não ser por uma característica essencial, é aquele conceito clássico famoso da teoria social. Assim, de forma genérica, considera-se que uma pessoa racional tem um conjunto de preferências entre as opções que estão a seu dispor. Ela classifica essas opções de acordo com a sua efetividade em promover seus propósitos; segue o plano que satisfará uma quantidade maior de seus desejos, e que tem as maiores probabilidades de ser implementado com sucesso.⁴⁵

Dessa forma, Rawls utiliza-se do instituto da escolha racional em um contexto hipotético – a posição original (momento de formação da sociedade) – para que todos os membros contratantes, desconhecendo sua posição social e visando o não prejuízo, possam estabelecer princípios não discriminatórios, de forma a não proporcionar desvantagens entre as divisões inevitavelmente presentes em uma sociedade, pois não se sabe em qual dos grupos estão alocados. Vale dizer que essa posição de igualdade em que os membros de uma sociedade se encontram na *posição original* é o primeiro dos dois significados da palavra *igualdade* em “Uma teoria da justiça”. Nesse momento, *igualdade* representa a condição de todos os membros da sociedade na tentativa de identificar os princípios adequados para que, então, possam ser criadas as leis – daí se desdobra o contrato social.⁴⁶ Segundo Rawls

para que a posição original gere acordos justos, as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas. A arbitrariedade do mundo deve ser corrigida por um ajuste das circunstâncias da posição contratual inicial.[...] A motivação das pessoas na posição original não deve ser confundida com a motivação das pessoas na vida cotidiana, que aceitam os princípios da justiça e que têm o senso de justiça correspondente. Nas questões práticas, um indivíduo tem realmente conhecimento de sua situação e pode, se desejar, explorar as contingências em benefício próprio.⁴⁷

Esses sujeitos que Rawls imagina estão afetados por uma circunstância particular que os impede de conhecer qual é sua classe ou seu status social, qual a sorte que tiveram na distribuição de capacidades naturais, qual a raça, etc. Essa circunstância é o instituto que Rawls denomina de *véu da ignorância*. Esse véu, contudo, não os impede de reconhecer certas proposições gerais, tais como as descobertas básicas de economia, psicologia social etc. – ou seja, fatos genéricos sobre a sociedade humana, sendo que não há limites para essa informação genérica. O que os membros da sociedade na posição original sob o véu da ignorância desconhecem é qualquer informação que lhes permita orientar a decisão em questão a seu próprio favor.⁴⁸ Como explica Rawls, essas pessoas “não sabem como as várias

⁴⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 154.

⁴⁶ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 44-45.

⁴⁷ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 152 e p. 159.

⁴⁸ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 21-22

alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.”⁴⁹

A importância do véu da ignorância para a teoria de John Rawls consiste no aparato teórico de justificação da escolha de tais princípios. Obviamente que a justificação não ultrapassa os limites hipotéticos de uma teoria.⁵⁰ O véu da ignorância “não é uma expressão de uma teoria da identidade pessoal. É um teste intuitivo de equidade”. Desse modo, as partes na posição original direcionam-se para alcançar um acordo capaz de considerar imparcialmente os pontos de vista de todos os participantes.⁵¹

Vale ressaltar que Rawls pressupõe que as partes na posição original estão motivadas a obter certo tipo específico de bem que ele denomina de “bens primários”. Esses bens seriam aqueles bens básicos indispensáveis para satisfazer qualquer plano de vida. Os bens primários que Rawls supõe são de dois tipos: bens primários de tipo social, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais (riqueza, oportunidades, direitos); bens primários de tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (por exemplo, talentos, saúde, inteligência, etc.). A ideia, nesse caso, corresponde a princípios claramente não perfeccionistas, ou seja, qualquer pessoa precisa estar em condições de buscar seu próprio projeto de vida, independentemente do conteúdo dele, em princípio.⁵²

O autor também diz sobre a regra de racionalidade a ser utilizada pelos sujeitos na “posição original”, em caso de dúvidas quanto à escolha que enfrentam. Rawls pensa na chamada “regra maximin”, apropriada a situações em que se deve escolher só uma entre diferentes alternativas a princípio atraentes. Essa regra afirma que, nos momentos de incerteza, devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados possíveis. Nesse sentido, deverá ser adotada a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior dos resultados das outras possibilidades. A escolha dessa regra não surge de um viés “conservador” dos participantes, mas da peculiar situação em que estão inseridos: os sujeitos em questão não sabem qual é a probabilidade que tem a seu alcance, nem tem um

⁴⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 147.

⁵⁰ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 45.

⁵¹ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: una introducción*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1995, p. 62.

⁵² GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 23.

particular interesse em benefícios maiores que o mínimo, nem querem opções que envolvam riscos muito graves.⁵³ Rawls define:

A regra maximin determina que classifiquemos as alternativas em vista de seu pior resultado possível: devemos adotar a alternativa cujo pior resultado seja superior aos piores resultados das outras. Com certeza, as pessoas na posição original não supõem que a sua posição inicial na sociedade é decidida por um oponente malévolo.⁵⁴

1.1.3 Os princípios da justiça

O contrato de Rawls tem como fim último estabelecer certos princípios básicos de justiça. Quanto à escolha deles, as condições procedimentais imparciais levam ao que Rawls denomina de justiça como equidade. Nesse sistema, considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas, colocadas em uma posição de igualdade.

Ao iniciar o capítulo sobre os princípios da justiça em “Uma teoria da Justiça”, Rawls explica que a estrutura básica da sociedade é o primeiro objeto dos princípios da justiça social e esses princípios devem orientar a atribuição de direitos e deveres nas instituições sociais. Os princípios da justiça para instituições não devem ser confundidos com os princípios aplicados aos indivíduos e/ou às suas ações em circunstâncias particulares. Por instituição, o autor entende

um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc.[...] Ao afirmar que uma instituição, e portanto a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de regras, quero dizer que todos os que estão nela engajados sabem o que saberiam se essas regras e a sua participação na atividade que elas definem fossem o resultado de um acordo.⁵⁵

Os princípios que os sujeitos na *posição original* acabariam se comprometendo seriam:

- A) Cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais abrangente de liberdades básicas iguais que for compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais;

⁵³ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 24.

⁵⁴ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 165.

⁵⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 58-59

- B) As desigualdades sociais e econômicas deverão ser constituídas de tal modo que ao mesmo tempo: espere-se que estejam razoavelmente vantajosas para todos e vinculem-se a empregos e cargos acessíveis a todos.

O primeiro princípio mostra-se vinculado à ideia de liberdade e é um derivado natural do pressuposto segundo o qual os agentes que participam da posição original desconhecem os dados vinculados a sua própria concepção de bem. Segundo Rawls⁵⁶, as mais importantes liberdades seriam a liberdade política (direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e pensamento; liberdades da pessoa; direito à propriedade privada e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias – de acordo com o primeiro princípio, essas liberdades devem ser iguais. A ignorância dessas questões vai levá-los a se preocupar com o direito à liberdade em sentido amplo: tais agentes estão interessados em que, seja qual for a concepção do bem que acabem adotando, as instituições básicas da sociedade não os prejudiquem ou os discriminem.⁵⁷ Vale ressaltar que na obra de Rawls “Liberalismo Político”, ele antepôs ao primeiro princípio de justiça enunciado até então um princípio anterior: o de que “as necessidades básicas dos cidadãos sejam satisfeitas”. A exigência desse princípio lexicalmente anterior acontece na medida em que sua satisfação é uma condição necessária para que os cidadãos compreendam e possam exercer proveitosa e plenamente os direitos e liberdades básicos.⁵⁸

O segundo princípio ou *princípio da diferença* é o que governa a distribuição dos recursos da sociedade, “se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade”.⁵⁹ Está associado à ideia de igualdade. Este princípio deriva da ignorância de dados, tais como a posição social e econômica, ou os talentos de cada um. O princípio da diferença implica a superação de uma ideia de justiça distributiva, segundo a qual o que cada um obtém é justo se os benefícios ou posições em questão também forem acessíveis aos demais. As maiores vantagens dos mais beneficiados pela loteria natural só são justificáveis se elas fazem parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade, ou seja, as violações de uma ideia estrita de igualdade só são aceitáveis no caso de servirem para

⁵⁶ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 65.

⁵⁷ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 25.

⁵⁸ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 62.

⁵⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 65.

incrementar as parcelas de recursos em mãos dos menos favorecidos, e nunca de diminuí-las.⁶⁰

Segundo Kymlicka⁶¹, Rawls tem dois argumentos a favor de seus princípios de justiça. O primeiro é contrastar sua teoria com o que ele considera ser a ideologia prevalecente no que se refere à justiça distributiva – a saber, o ideal da igualdade de oportunidade. Para ele, seus princípios geram uma concepção mais “estável” do que essa que apresenta a mera noção de igualdade de oportunidades. A ideia dele significa que a proposta de justiça deve ser, psicologicamente, estável quanto a gerar o menor grau possível de ressentimento ou sensação de ser tratado injustamente. A estabilidade é justamente um dos escopos de Uma teoria da justiça e está vinculada a uma obediência voluntária média da sociedade. Isso significa que os princípios da justiça devem conseguir vincular um acesso potencial da maioria dos membros da sociedade aos seus institutos, desempenhando a função de garantidores da igualdade equitativa e, conseqüentemente, cumprindo o objeto motivador do contrato social.⁶² O princípio de mera igualdade de oportunidade é “instável” dado o mal estar que pode gerar o fato de aqueles favorecidos por meras contingências naturais virem a ser, por fim, recompensados pelo sistema institucional.⁶³

O segundo é que seus princípios de justiça são superiores porque são o resultado de um contrato social hipotético. Ele afirma que se as pessoas, em um tipo de estado pré-social, tivessem de decidir quais princípios deveriam governar sua sociedade, escolheriam estes princípios. Para Rawls, esse é seu principal argumento a favor de seus princípios, já que é um argumento acerca do tipo de moralidade política que as pessoas elegeriam se tivesse que fundar a sociedade a partir de uma situação original.⁶⁴

Estes princípios estão organizados em uma ordem de “prioridade lexicográfica”. De acordo com essa regra de prioridade, a liberdade não pode ser limitada a favor da obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, mas apenas no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas.⁶⁵ Rawls explica:

⁶⁰ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 25-26..

⁶¹ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: una introdución*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1995, p. 68.

⁶² MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 47.

⁶³ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 31.

⁶⁴ KYMLICKA, *Filosofia política contemporânea... cit.*, p. 72.

⁶⁵ GARGARELLA, *As teorias da justiça depois de Rawls... cit.*, p. 26..

Esses princípios devem obedecer a uma ordenação serial, o primeiro antecedendo o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas igualmente protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades tem um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com as liberdades básicas. Uma vez que podem ser limitadas quando se chocam umas com as outras, elas são ajustadas de modo a formar um único sistema, que deve ser o mesmo para todos.⁶⁶

Esses princípios partem de uma concepção mais geral de justiça: “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”⁶⁷. Os princípios da justiça devem conseguir vincular um acesso potencial da maioria dos membros da sociedade aos seus institutos, desempenhando a função de garantidores da igualdade equitativa, cumprindo, dessa forma, o objetivo motivador do contrato social.⁶⁸

Vale ressaltar que a segunda ideia de igualdade que aparece em “Uma Teoria da Justiça” é a igualdade equitativa. É um dos objetivos da instauração dos princípios da justiça. Essa igualdade pode ser encarada como a possibilidade equânime de acesso de todos os institutos presentes em uma sociedade e só pode ser concebida quando já existem normas que viabilizem o alcance. Portanto, só pode haver igual acesso de todos a tudo quando se tem efetivado os princípios da justiça.⁶⁹

1.2 A sociedade de Rawls

John Rawls afirma que a ideia organizadora fundamental da justiça como equidade, a partir da qual as demais ideias fundamentais se articulam de forma sistemática, é a de sociedade entendida como “um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração às seguintes”. Esta é a ideia organizadora central que ele utiliza para tentar desenvolver uma concepção política de justiça para um regime democrático. Essa ideia central é elaborada em conjunção com duas outras ideias fundamentais a ela associadas que são: a ideia de cidadãos – os que cooperam – como pessoas livres e iguais; e a ideia de uma

⁶⁶ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 65.

⁶⁷ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 66.

⁶⁸ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 47.

⁶⁹ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 45.

sociedade bem-ordenada, ou seja, uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça.⁷⁰ Os cidadãos, em seu pensamento político e na discussão de questões políticas, não veem a ordem social como uma ordem natural fixa, ou como uma hierarquia institucional justificada por valores religiosos ou aristocráticos.⁷¹

A estrutura básica da sociedade é composta por “suas principais instituições políticas e sociais, e o modo de se vincularem umas às outras como um único sistema de cooperação”. Ou seja, ela vem a ser “a maneira em que as mais importantes instituições sociais encaixam umas nas outras num sistema, assinam direitos e deveres fundamentais e dão forma à divisão das vantagens que se obtêm mediante a cooperação social”. Com ela tem a ver o modo de distribuição dos direitos e deveres fundamentais e a divisão das vantagens da cooperação social.⁷²

Pode-se especificar melhor a ideia de cooperação social destacando três de seus elementos:⁷³

- a) A cooperação é diferente da simples atividade socialmente coordenada, como atividade que é coordenada pelos comandos vindos de uma autoridade central. A cooperação é pautada por normas e procedimentos publicamente reconhecidos, que aqueles os quais cooperam não só aceitam, como também se consideram como reguladores efetivos da própria conduta.
- b) A cooperação abrange a ideia de termos equitativos, os quais são cláusulas que cada participante pode razoavelmente aceitar, desde que todos os demais também os aceitem. Termos equitativos de cooperação especificam uma ideia de reciprocidade: todos os que estão envolvidos na cooperação e que fazem sua parte, como as normas e os procedimentos exigem, devem beneficiar-se de uma forma apropriada, avaliando-se isso por um padrão adequado de comparação. Uma concepção política de justiça identifica termos equitativos de cooperação. Como o objeto fundamental da justiça é a estrutura básica da sociedade, esses termos equitativos são expressos pelos princípios que especificam os direitos e deveres fundamentais no âmbito das principais instituições da sociedade e que regulam as disposições da justiça de fundo ao longo do tempo, de modo que os benefícios

⁷⁰ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p.6-7

⁷¹ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 18.

⁷² NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 48.

⁷³ RAWLS, *O Liberalismo Político... cit.*, p. 18.

produzidos pelos esforços de todos sejam distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração às seguintes.

- c) A ideia de cooperação social empreende uma noção de vantagem racional ou do bem de cada participante. Essa concepção do bem especifica o que aqueles envolvidos na cooperação, sejam indivíduos, famílias, associações ou até mesmo governos de povos diferentes, estão tentando conseguir quando o esquema de cooperação é considerado de seu próprio ponto de vista.

Como se está partindo da ideia de sociedade entendida como um sistema equitativo de cooperação há a suposição de que os indivíduos, na condição de cidadãos, têm todas as capacidades que lhes possibilitam serem membros cooperativos da sociedade.⁷⁴ Por fim, vale ressaltar também que para seus propósitos, Rawls concebe a sociedade como sendo fechada: nela se ingressa pelo nascimento e dela só é possível retirar-se por morte, ou seja, ela está contida em si mesma, sem relações com outras sociedades.

Posto o que Rawls entende por sociedade, passa-se aos subitens para expor as características da sociedade rawlsiana e, a partir do corte epistemológico feito por ele, entender como funcionam forças estabilizadoras de sua teoria: a desobediência civil e o equilíbrio refletido.

1.2.1 A sociedade bem ordenada, a estrutura básica e o sistema democrático.

Uma das grandes preocupações de John Rawls é a ressalva do corte epistemológico proposto por ele. O autor ratifica a aplicabilidade e a viabilidade de uma Teoria da Justiça apenas em países liberais e democráticos, onde existe uma sociedade bem ordenada e a perspectiva de alcance dos princípios da justiça por ele propostos. Obviamente, nesses países não existe a justiça plena, sendo que Rawls admite a existência de uma sociedade quase justa que consiste em uma sociedade que seja essencialmente bem ordenada, mas na qual ocorram sérias violações da justiça.⁷⁵

Começando pela “sociedade bem ordenada”, Rawls explica que uma sociedade para ter essa característica há de regular-se por uma concepção pública de justiça, caso em que

⁷⁴ RAWLS, *O Liberalismo Político... cit.*, p. 23.

⁷⁵ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 51.

exibirá as seguintes características: a) cada um aceita e sabe que os outros também aceitam os mesmos princípios de justiça e esse conhecimento é mutuamente reconhecido, ou seja, as pessoas sabem tudo o que saberiam se sua aceitação a tais princípios tivesse resultado de acordo público; b) todos sabem que a estrutura básica da sociedade (isto é, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como elas interagem como sistema de cooperação) respeita esses princípios de justiça; c) os cidadãos tem um senso normalmente efetivo de justiça, ou seja, um senso que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente reconhecidos, e, de modo geral, agir de acordo com o que sua posição na sociedade o exige.⁷⁶

Outra ideia fundamental diz respeito à “estrutura básica” de uma sociedade bem ordenada. Como Rawls explica⁷⁷

a estrutura básica de uma sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo.

A Constituição política, contendo um judiciário independente; as formas legais reconhecidas de propriedade e a estrutura econômica, bem como a família fazem parte da estrutura básica. Ela é o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem. Uma estrutura básica justa garante o que Rawls denomina de “justiça de fundo” (*background justice*). Um aspecto relevante da justiça como equidade é que nela a estrutura básica é o objeto primário da justiça política. Isso acontece, em parte, porque os efeitos da estrutura básica sobre as metas, aspirações e o caráter dos cidadãos, assim como sobre suas oportunidades e sua capacidade de aproveitá-las, são profundos e estão presentes desde o início da vida. Uma vez que a justiça como equidade parte do caso especial da estrutura básica, seus princípios regulam internamente instituições e associações da sociedade. Empresas, sindicatos, igrejas, universidades, família, estão todos submetidos às exigências oriundas dos princípios de justiça, mas essas condições provêm indiretamente das instituições de fundo justas dentro das quais associações e grupos existem, e que restringem a conduta de seus membros.⁷⁸

Não se deve deduzir, contudo, que os princípios razoáveis e justos para a estrutura básica também o sejam para instituições, associações e práticas sociais em geral. Ainda que os

⁷⁶ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p.11-12.

⁷⁷ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 13.

⁷⁸ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 14.

princípios de justiça como equidade imponham limites a esses arranjos sociais da estrutura básica, esta e as associações e formas sociais que nela existem são governadas, cada qual, por princípios distintos por causa de seus objetivos distintos e sua peculiar natureza, bem como imposições singulares. Assinala Rawls que “a justiça como equidade é uma concepção política, não geral, de justiça: aplica-se primeiro à estrutura básica e considera que essas outras questões de justiça local [...] exigem considerações de mérito independentes”.⁷⁹ Ao todo, tem-se três níveis de justiça: o primeiro é a justiça local (princípios que são aplicados diretamente a instituições e associações); segundo, a justiça doméstica (princípios aplicados à estrutura básica da sociedade); e terceiro a justiça global (princípios que regem o direito internacional). A justiça como equidade parte da justiça doméstica e daí estende-se para o direito dos povos (para fora) e para a justiça local (para dentro). De maneira geral, os princípios da estrutura básica coagem, mas não determinam por si os princípios adequados de justiça local.⁸⁰

A caracterização de Rawls da estrutura básica não oferece uma definição precisa – ao contrário, parte-se de uma determinação vaga. Isso porque se fosse formulada uma explicação da estrutura básica com limites precisos, iria se correr o risco de prejudicar de maneira errada o que condições mais específicas ou futuras pudessem vir a exigir, fazendo da justiça como equidade uma teoria incapaz de se ajustar a diferentes circunstâncias sociais. Para que os juízos sejam razoáveis, eles têm de estar imbuídos dessas circunstâncias mais específicas.⁸¹

Para que essa sociedade bem ordenada continue a existir, seus membros devem seguir este esquema de cooperação social constantemente, de maneira estável, cumprindo as suas regras básicas de maneira regular e suas leis de maneira voluntária. Quando ocorrer as infrações entre os membros dessa sociedade, devem existir *forças estabilizadoras* que evitem as transgressões de maneira generalizada, restaurando a sua ordem. Caso exista uma ausência de certo grau de concordância entre os indivíduos quanto a uma concepção de justiça e injustiça, ficará mais difícil entre esses sócios manterem a concórdia e amizade cívica, consequentemente essa sociedade acabará por se extinguir.

A existência dessas forças estabilizadoras, no entanto, parte do pressuposto de que vigora um sistema democrático. Rawls elege a democracia como forma adequada de cumprimento e garantia de justiça. A democracia, na visão tradicional do termo, proveniente

⁷⁹ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 15.

⁸⁰ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 16.

⁸¹ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 16-17.

da análise política aristotélica, consiste em um sistema de governo instrumental e equitativo, o qual possibilita a todos os membros de uma sociedade o acesso igualitário ao governo e distribui a todos os mesmos direitos e garantias. O grande resultado da democracia, para Aristóteles, recai sobre uma possível divisão de concepções de justiça extraídas do governo do consenso, que norteiam todas as escolhas e decisões: são eles os conceitos de justiça distributiva e justiça comutativa. Rawls se apoia constantemente nos padrões aristotélicos de justiça, dos quais ele extrai os dois grandes conceitos de princípios de justiça já vistos no item 1.3.⁸²

Os princípios de justiça nomeados por Rawls estão, em sua integralidade, relacionados à ideia de igualdade. Dessa forma, a democracia detém um papel determinante e essencial em uma sociedade que possui a aspiração de ser justa: ela é o único sistema de governo que viabiliza discussões racionais e argumentativas entre os membros da sociedade em clima de igualdade, resultando até mesmo em equilíbrio das vantagens e desvantagens entre os interlocutores em questão. Para Rawls, portanto, a democracia é o único sistema que garante, pelo menos, a possibilidade de tentar alcançar os princípios da justiça de maneira racional e consensual, sendo todos os participantes considerados no mesmo nível hierárquico. Assim, pode-se dizer que a democracia viabiliza a igualdade em diferentes esferas na sociedade liberal, e a Justiça de John Rawls está intrinsecamente ligada à ideia de igualdade. Esta é, por conseguinte, o elo-chave entre a democracia e a justiça.⁸³

Falar sobre a importância da democracia na teoria de Rawls é relevante para o presente trabalho uma vez que a manifestação das forças estabilizadoras, quais sejam, a *desobediência civil* e o *equilíbrio refletido*, apenas podem ocorrer em um sistema democrático, já que, pelo menos a *desobediência civil* passa pela noção de “participação popular”.

1.2.2 As forças estabilizadoras: a *desobediência civil* e o *equilíbrio refletido*

Por mais que as aspirações individuais pareçam preponderar sobre uma consciência coletivista, em Rawls um dos escopos da Teoria da Justiça é a estabilidade. Esta está vinculada a uma obediência voluntária média da sociedade. Isso significa que os “princípios da justiça” devem conseguir vincular um acesso potencial da maioria dos membros da sociedade aos seus institutos, desempenhando a função de garantidores da igualdade equitativa, cumprindo, dessa forma, o objeto motivador do contrato social. Se assim se faz,

⁸² MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 52.

⁸³ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 52.

aqueles que firmam o acordo social e o infringem faltam, sem motivo aparente, com o comprometido contratualmente, o que vincula a possibilidade de instauração de possíveis coações sociais de utilidade pública. A essas coações Rawls dá o nome de “forças estabilizadoras”. Assim, “quando se verifica infrações, devem existir forças estabilizadoras que impeçam novas violações e que se orientem para restabelecer o acordo existente.”⁸⁴

Essas forças detêm muito mais do que a função de coibir um ato desobediente. Elas vinculam um aparato institucional que visa restabelecer o equilíbrio já afetado pelo ato de transgressão.⁸⁵ Rawls apresenta, em momentos distintos de sua obra, duas formas de solução para a possibilidade de o contrato social levantado não conseguir atribuir à sociedade a igualdade equitativa. Elas são possibilidades de revisão dos princípios nomeados na posição original.

O primeiro mecanismo de reestruturação principiológica aqui exposto não questiona imediatamente os princípios, mas as formas pelas quais são encaixados e efetivados na sociedade. Estas são, em geral, as leis estaduais. Quando uma lei não consegue viabilizar a efetividade de um princípio, ela perde seu propósito último, mantendo uma ordem ou um comando que se mostra ineficaz, e por vezes nocivo, para o alcance dos princípios escolhidos pela sociedade. Assim, Rawls insere em sua teoria, espelhado pelas teorias contratualistas clássicas, o instituto da *desobediência civil*. Esta está definida como

ato público, não violento, consciente e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo. Agindo dessa forma, alguém se dirige ao senso de justiça da maioria da comunidade e declara que, em sua opinião ponderada, os princípios da cooperação social entre homens livres e iguais não estão sendo respeitados.⁸⁶

Um esclarecimento preliminar dessa definição é o fato de que ela não exige que o ato de desobediência civil viole a mesma lei contra a qual se protesta (admite a desobediência direta ou indireta). Ao ilustrar a definição de desobediência civil, Rawls impõe determinadas condições necessárias para que tal instituto seja realmente aplicável: a sociedade em questão deve ser uma sociedade quase justa; a necessidade de existência de um regime democrático; a desobediência civil deve ter como base os princípios da justiça, sendo justificada e legitimada por tais; a desobediência civil não deve, em hipótese alguma, ser violenta; pode ser passível de reforma judicial. O autor afirma que “a desobediência civil é um ato público. Não apenas

⁸⁴ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 47.

⁸⁵ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 44-47.

⁸⁶ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 444.

se dirige a princípios públicos, mas é feito em público. É praticado abertamente com comunicação franca; não é encoberto nem secreto.”⁸⁷Essas características atribuem à desobediência civil a função que Rawls desejava fosse dada a um instituto desse porte, que é a de garantir que não só a produção, mas também a fiscalização das leis sejam consoantes aos princípios da justiça, viabilizando aos membros da sociedade a possibilidade de cobrança dos princípios da justiça, mesmo se tal exigência mostrar-se *contra legem*.⁸⁸ Rawls esclarece que

O problema da desobediência civil, como vou interpretá-lo, se apresenta apenas no âmbito de um estado democrático mais ou menos justo, para aqueles cidadãos que reconhecem e aceitam a legitimidade da constituição. Trata-se de um problema de deveres conflitantes. Em que ponto o dever de obedecer a leis estabelecidas por uma maioria do legislativo (ou por iniciativa do executivo com o apoio dessa maioria) deixa de ser obrigatório, em vista do direito de defender as liberdades pessoais e do dever de se opor à injustiça? Por esse motivo, o problema da desobediência civil é um teste crucial para qualquer teoria da base moral da democracia.⁸⁹

Rawls finaliza a parte da desobediência civil esclarecendo que ela foi definida de maneira a se situar entre o protesto jurídico e a provocação intencional de processos exemplares, por um lado, e a recusa de consciência e as várias formas de resistência, por outro lado. Essa força estabilizadora se distingue claramente da ação armada e da prática da obstrução. Está muito longe da resistência organizada que faz uso da força. Ela expressa uma desobediência à lei dentro dos limites da própria lei, embora se situe na margem externa da legalidade.⁹⁰

A outra força estabilizadora que Rawls apresenta em sua teoria é o “equilíbrio refletido” (*reflective equilibrium*). A posição original não se liberta do seu caráter hipotético, sendo mera representação da aceitação da sociedade de determinados princípios. Assim, alguns dos princípios escolhidos podem passar por alterações em função de mudanças nas relações sociais ou ainda mostrarem-se inadequados. No entanto, um princípio só é considerado inadequado ou carente de alterações quando não consegue viabilizar a igualdade equitativa, pondo em risco toda a estrutura de uma sociedade que visa à justiça. Assim, admitindo tal possibilidade, John Rawls institui uma forma de readequar os princípios nomeados aos moldes da almejada igualdade equitativa, utilizando-se de escolhas e posições racionalmente aceitas pela sociedade⁹¹. Em resumo⁹²

Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se

⁸⁷ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça...* cit., p. 405.

⁸⁸ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas...* cit., p. 50.

⁸⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça...* cit., p. 403.

⁹⁰ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça...* cit., p. 406-407.

⁹¹ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas...* cit., p. 48-49.

⁹² RAWLS, *Uma Teoria da Justiça...* cit., p. 23.

conformam e conhecemos as premissas das quais derivam. Neste momento tudo está em ordem. Mas este equilíbrio não necessariamente é estável. Está sujeito a ser perturbado por outro exame das condições que se pode impor à situação contratual e por casos particulares que podem nos levar a revisar nossos julgamentos.

O grande atributo viabilizado com a instituição do equilíbrio refletido foi a possibilidade de reestruturação de princípios escolhidos na posição original que, embora não o façam, deveriam afiançar a igualdade equitativa em um momento posterior à escolha racional de tais princípios, sem que fosse necessário apelas a outras medidas e atitudes que não as oriundas da *ratio*, mantendo-se a razoabilidade e a adequação teórica.⁹³

1.3 A Justiça Restaurativa na teoria de Rawls: análise a partir do equilíbrio reflexivo

O equilíbrio reflexivo representa a tentativa de acomodar em um único sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os nossos juízos ponderados sobre justiça. Rawls propõe que se parta de juízos morais concordantes, como o repúdio à escravidão e a tolerância religiosa, para ver se estes juízos são coerentes com os princípios de justiça no que diz respeito à defesa da igualdade e liberdade e, assim, utilizar os princípios de justiça como uma referência normativa ao desacordo moral (por exemplo, no dissenso sobre a distribuição de riqueza). O autor afirma que estas concepções morais são pontos fixos provisórios que servem de referência para uma concepção de justiça⁹⁴. Por isso, o equilíbrio reflexivo é um procedimento entre juízos e princípios morais.

Podemos ou modificar a avaliação da situação inicial ou revisar nossos juízos atuais, pois até mesmo os julgamentos que provisoriamente tomamos como pontos fixos estão sujeitos a revisão. Por meio desses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-o como os novos princípios, suponho que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas.⁹⁵

Cria-se uma situação de avanços e recuos entre os juízos ponderados e os princípios de justiça, resultando no ajustamento e correção de ambos. Nessa situação, os indivíduos identificam facilmente os casos de justiça e de injustiça, pois há coincidência entre os

⁹³ MARCANTONIO, *Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas... cit.*, p. 49.

⁹⁴ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 21.

⁹⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 21-22.

princípios reguladores da sociedade, escolhidos no acordo original, e suas próprias convicções de justiça. Este equilíbrio possibilita a melhor configuração da situação inicial equitativa, já que expressa pressuposições razoáveis e produz princípios que combinam com os juízos morais comuns.

É relevante saber quais juízos morais podem ser levados em consideração e quais devem ser deixados de lado nesse processo. Para isso, Rawls faz uso do conceito de *juízos ponderados*:⁹⁶

são simplesmente os que são feitos sob condições favoráveis ao exercício do senso de justiça, e, portanto em circunstâncias em que não ocorrem as desculpas e explicações mais comuns para se cometer um erro. Presume-se então que a pessoa que emite o juízo tem a habilidade, a oportunidade e o desejo de chegar a uma decisão correta. [...]. Além disso, os critérios que identificam esses juízos não são arbitrários. São, na verdade, semelhantes àqueles que escolhem nossos juízos ponderados de qualquer espécie. E uma vez que consideramos o senso de justiça como uma capacidade mental, envolvendo o exercício do pensamento, os juízos pertinentes são aqueles apresentados em condições favoráveis para a deliberação e o julgamento em geral.

Rawls enfatiza que o procedimento do equilíbrio reflexivo apela para a coerência entre os juízos ponderados (refletidos) contidos na cultura pública da sociedade e os princípios morais públicos que estão implícitos em uma concepção política razoável de justiça. Nota-se que o método de justificação dos princípios da justiça como equidade se dá com base na força contratual que as partes possuem ao poderem escolher estes princípios em detrimento de outros princípios de justiça (utilitarista, por exemplo). O autor utiliza o procedimento do equilíbrio reflexivo como núcleo central de sua concepção política de justiça, de forma que se estabeleça uma teoria normativa da escolha pública (política), harmonizando os juízos morais particulares com os princípios de justiça. É um processo de justificação de crenças, garantindo a identificação da objetividade dos juízos e princípios morais com base na coerência entre eles, sendo um teste para a validação do senso de justiça compartilhado, estabelecendo-se princípios morais de acordo com uma teoria moral e com as convicções morais refletidas, conformando, além disso, os juízos morais convergentes com base na coerência com os princípios da justiça como equidade.

Segundo Norman Daniels⁹⁷, o equilíbrio reflexivo é o ponto final de um processo de deliberação em que se refletem e se revisam as crenças individuais sobre uma determinada área de investigação, moral ou não moral. Este método consiste na operação de avanços e

⁹⁶ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça... cit.*, p. 51.

⁹⁷ DANIELS, Norman. *Justice and Justification: reflective equilibrium in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 1-3.

recuos entre os juízos ponderados (ou intuições) sobre casos particulares, os princípios ou regras que se acredita orientá-los e as considerações teóricas que se assume em aceitar estes juízos ponderados ou princípios, revisando qualquer dos elementos quando necessário, a fim de se conseguir uma coerência aceitável entre eles. Alcança-se o equilíbrio reflexivo quando os juízos, princípios e teorias possuem uma unidade em razão de, em conjunto, serem dotados de um maior grau de credibilidade. Um princípio ou juízo sobre um caso particular pode ser justificado quando ele for coerente com o resto das crenças do indivíduo sobre a ação correta e após a devida reflexão sobre as revisões necessárias do sistema de crenças deste indivíduo.

Em *Justiça como Equidade: uma reformulação*⁹⁸, Rawls situa o procedimento do equilíbrio reflexivo como um procedimento de justificação pública (*public justification*), juntamente com os procedimentos de consenso sobreposto (*overlapping consensus*) e razão pública (*public reason*). O papel da ideia de uma justificação pública é compreender a ideia de justificação de forma adequada a uma concepção política de justiça para uma sociedade que se caracteriza pelo pluralismo razoável, como pode ser observado em uma democracia, por exemplo.

Para melhor compreender o método do equilíbrio reflexivo é necessário estabelecer a diferença entre o equilíbrio reflexivo restrito (*narrow*) e um equilíbrio reflexivo amplo (*wide*). Um equilíbrio reflexivo restrito (*narrow reflective equilibrium*) se dá quando uma concepção política de justiça é facilmente aceitável por alguém, bastando apenas uma pequena revisão de seus juízos morais particulares, e dessa forma estabelece-se uma coerência entre as convicções gerais, os princípios básicos e os juízos particulares, sem que se levem em conta as distintas concepções de justiça⁹⁹.

Já um equilíbrio reflexivo amplo (*wide reflective equilibrium*) se dá quando há a consideração de outras concepções de justiça e a força dos argumentos que lhe dá sustentação, como a consideração sobre as concepções de justiça da justiça como equidade, do utilitarismo e do perfeccionismo, de forma que se levam em consideração as outras concepções de justiça para a escolha dos princípios.¹⁰⁰ O método do equilíbrio reflexivo amplo estabelece uma coerência entre o conjunto de crenças de uma pessoa em três níveis: (i) os juízos morais (*moral judgments*), (ii) os princípios morais (*moral principles*) e (iii) as teorias de fundo

⁹⁸ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 26.

⁹⁹ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 30-31

¹⁰⁰ RAWLS, *Justiça como equidade... cit.*, p. 31.

(*background theories*). Assim, as teorias de fundo devem mostrar que os princípios morais são mais razoáveis que outros princípios alternativos, de forma independente dos juízos morais. Estabelecida essa distinção, é importante observar que a teoria da justiça rawlsiana faz uso do procedimento do equilíbrio reflexivo amplo. Uma vez que os princípios de justiça seriam escolhidos na posição original, eles são iguais aos que correspondem aos juízos de justiça, como a utilitarista ou perfeccionista, por exemplo.¹⁰¹

O equilíbrio reflexivo é, portanto, um procedimento formal por meio do qual os princípios podem ser eleitos, mesmo quando existam concepções morais contrárias: é uma tentativa de produzir coerência em um ordenado conjunto de crenças consideradas por uma pessoa, onde nenhum desses conjuntos tem uma ordem de prioridade epistemológica. A ideia do equilíbrio reflexivo enfatiza a busca de princípios de justiça que melhor se coadunam com os juízos morais considerados. É uma forma de readequar os princípios nomeados aos moldes da desejada igualdade equitativa, utilizando-se de escolhas e posições racionalmente aceitas pela sociedade.

É nessa readequação fornecida pelo equilíbrio reflexivo que se pode extrair a presença da justiça restaurativa na teoria rawlsiana. Ao discorrer sobre o equilíbrio refletido como forma de rever os princípios da posição original, Rawls não explica qual ou quais seriam os mecanismos para que essa revisão fosse possível: se o judiciário, se o legislativo, se a participação popular, etc. Pensando nas possíveis táticas para que o procedimento do equilíbrio reflexivo seja possível, surge a ideia de fazer uso da “justiça restaurativa” como um mecanismo viável – ela pode servir, portanto, para rever os princípios da posição original que não mais funcionam e readequá-los para que se atinja a igualdade equitativa.

Para justificar a escolha da justiça restaurativa é importante explicar suas premissas e conceito. Em resumo, os antecedentes da justiça restaurativa têm início nas décadas de 60 e 70 do século passado, nos Estados Unidos, quando o país passou por uma crise do ideal ressocializador e da ideia de tratamento por meio da pena privativa de liberdade. Essa crise desencadeou, na década seguinte, o desenvolvimento de ideias de restituição penal e de reconciliação com a vítima e a sociedade. Houve, então, duas propostas político-criminais: a primeira foi a teoria do *just desert* (que era uma renovação do retribucionismo) e a segunda

¹⁰¹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça...* cit., p. 45.

propunha uma mudança de orientação no Direito Penal, focado na vítima do delito (movimento reparador).¹⁰²

Contudo, foi apenas na década de 90 que o tema da reparação voltou a atrair o interesse de pesquisadores como um possível caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos do sistema tradicional de justiça penal. Eclode, então, nos Estados Unidos, o modelo da justiça restaurativa, com John Braithwaite.¹⁰³ A ideia desse autor era substituir o estigma decorrente da etiqueta de desviante – que impedia que ele se reintegrasse à sociedade – por gestos que demonstrassem que o infrator poderia se reintegrar à sociedade e que seria bem-vindo. Portanto, para que as penas tivessem efeito preventivo, deveriam ser reintegradoras e não excludentes.¹⁰⁴

As ideias de Braithwaite foram difundidas em vários países do mundo e atualmente a justiça restaurativa tem sido aplicada em diversas áreas além da esfera penal sempre com a ideia de se restaurar a relação que foi desfeita pela infração. Contudo, mesmo após pouco mais de vinte anos de experiências e debates, ainda não existe um conceito definido sobre justiça restaurativa. O mais correto, frente a sua grande diversidade de orientações, práticas e afins, é considerá-la como um “modelo eclodido”.¹⁰⁵ Mylène Jaccoud afirma que

Embora o termo “justiça restaurativa” seja predominante, outros títulos são utilizados: alguns autores preferem falar de “justiça transformadora ou transformativa” (Bush e Folder), outros falam de “justiça relacional” (Burnside e Baker), de “justiça restaurativa comunal” (Young), de “justiça recuperativa” ou de “justiça participativa”.¹⁰⁶

As mesmas dificuldades e complexidade observadas na definição da justiça restaurativa também atingem os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo. A falta de definição e a variedade de objetivos ocasionam duas críticas ao modelo: cria-se o risco de que

¹⁰² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 34.

¹⁰³ MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 440-441.

¹⁰⁴ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 35.

¹⁰⁵ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 53.

¹⁰⁶ JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 169.

práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo; e dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles.¹⁰⁷

Apesar da dificuldade conceitual, existe algum consenso entre boa parte dos autores que trabalham o tema em torno da definição apresentada por Tony F. Marshall. Segundo o autor, “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”.¹⁰⁸ Já Mylène Jaccoud define a justiça restaurativa por outra perspectiva, dando ênfase para a participação das partes e para os fins pretendidos por um processo restaurativo: trata-se de “uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”.¹⁰⁹ Para além dessas definições, Braithwaite classifica a justiça restaurativa como uma forma de lutar contra a injustiça e contra a estigmatização. Ela busca a redução da injustiça e não simplesmente a redução dos delitos. Ela “aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça”.¹¹⁰

A justiça restaurativa tem um conceito não apenas aberto como fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas. Nas décadas de 70 e 80 (nos Estados Unidos) falava-se em mediação entre vítima e ofensor e reconciliação. Neste momento, a justiça restaurativa estava associada ao movimento de descriminalização. Nos anos 70, encontrava-se em fase experimental e possuía experiências-piloto no sistema penal. Já na década de 80, tais experiências foram institucionalizadas. Nos anos 90 a justiça restaurativa se expandiu e foi inserida em todas as etapas do processo penal. Enquanto movimento internamente complexo, a justiça restaurativa apenas é capaz de sustentar um conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com

¹⁰⁷ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 54.

¹⁰⁸ MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: an overview*. Home Office Research Development and Statistics Directorate, London, 1999. Disponível em: < www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf > P. 5. Acesso em 18 de abril de 2017. No original: Restorative Justice is a problem-solving approach to crime which involves the parties themselves, and the community generally, in an active relationship with statutory agencies.

¹⁰⁹ JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 169.

¹¹⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: Andrew Von Hirsch, et. Al., ed, *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, p.1.

base na experiência. Contudo, frente a sua complexidade, não se pode ignorar suas diferenças internas sob pena de simplificações e equívocos.¹¹¹

É válido citar as três concepções da justiça restaurativa recapituladas por Johnstone e Van Ness¹¹². A primeira é a “concepção do encontro”: é a que melhor expressa uma das ideias centrais do movimento, ao afirmar que vítima, ofensor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de encontrar-se em local menos formal que fóruns e tribunais, por exemplo. Para os adeptos dessa concepção, a justiça restaurativa propicia que os envolvidos no delito ou dano abandonem a passividade e assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito com relação ao delito, sempre com a ajuda de um facilitador. Não há dúvidas de que se trata de uma experiência democrática, em que os participantes falam e escutam com respeito a todos. Sobre essa concepção do encontro e o processo do diálogo, Howard Zehr assinala que

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. [...] Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.¹¹³

A segunda concepção é a da reparação. Defende-se que o dano causado à vítima deve ser reparado. Para tanto, existe um complexo processo que envolve uma série de atitudes que o ofensor pode tomar para reparar material e/ou simbolicamente a vítima. Os adeptos dessa concepção afirmam que a reparação é o suficiente para que exista justiça, portanto, não é necessário infligir dor ou sofrimento ao infrator. Para além disso, o acordo restaurador, além de reparar a vítima, oportuniza a reintegração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito.¹¹⁴

Howard Zehr afirma que se o crime é um ato lesivo, a justiça deve reparar a lesão e buscar a cura. Portanto, para o autor, o primeiro objetivo da justiça deveria ser reparar e curar as vítimas, e o segundo objetivo deve ser o de reconciliar vítima e ofensor (restaurar/curar o relacionamento lesionado pelo delito) ou, simplesmente, dar a oportunidade para que a reconciliação aconteça. Também sugere que não se deve esquecer que o ofensor tem

¹¹¹ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 55..

¹¹² JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W. (ed). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 9-16.

¹¹³ ZEHR, Howard. *Trocando lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 191-192.

¹¹⁴ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 57.

necessidades, ainda que isto não o exima de responsabilização, pois a própria responsabilização pode significar mudança e cura. A reparação ou restituição é tão fundamental quanto a retribuição, pois representa a recuperação das perdas e também um reconhecimento do erro cometido pelo infrator e a assunção de sua responsabilidade. A restituição “reconhece o valor ético da vítima, percebendo ainda o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento – assim reconhecendo também o valor do ofensor”.¹¹⁵

Johnstone e Van Ness afirmam que para alcançar a reparação, o encontro passa a ser praticamente indispensável. É o momento em que a vítima pode expressar como se sente em relação ao que aconteceu e fazer perguntas ao ofensor sobre o “porquê” de sua atitude, retomando, assim, a confiança e a autonomia perdidas com o trauma do delito. Da mesma forma, o encontro passa a ser, para o ofensor, a oportunidade de desculpar-se e concordar com as reparações que deva fazer. Mesmo nas situações em que o encontro não é possível, os defensores da reparação argumentam que o próprio sistema deve buscar respostas que priorizem a reparação em detrimento de uma sanção de multa ou pena privativa de liberdade. Dessa forma, enquanto os adeptos da concepção do encontro voltam-se para os valores restaurativos, os apreciadores desta concepção referem-se a princípios restaurativos. Dentre os diferentes princípios enumerados estão: a justiça deve agir de forma a “curar” vítimas, ofensores e a comunidade atingida pelo delito; todos (vítima, ofensor e comunidade) devem ter a oportunidade de se envolver no processo de justiça; e a necessidade de repensar os papéis e responsabilidades da comunidade e do governo na promoção da justiça.¹¹⁶

A terceira e última concepção é a da transformação. Defende-se a ideia de que o objetivo principal da justiça restaurativa é transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam com os outros no dia a dia. Esta concepção afasta-se das demais, de certa maneira, uma vez que concebe a justiça restaurativa como uma forma de vida a ser adotada e rejeita qualquer hierarquia entre os seres humanos. Esta postura implica mudança de linguagem, na qual são abolidas as distinções entre crime e outras condutas danosas. Todas as condutas seriam danosas e a prioridade seria identificar quem sofreu o dano, quais suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas.¹¹⁷

¹¹⁵ ZEHR, Howard. *Trocando lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 182..

¹¹⁶ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 58.

¹¹⁷ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 59.

Zehr analisa a dificuldade de introduzir-se esta mudança de linguagem, apesar de concordar que o termo “crime” não é o mais adequado. Porém, pensa que ainda não se tenha encontrado um termo mais adequado. Ele chama a atenção para o termo “situações problemáticas” e diz que esse termo, apesar de ser útil por aproximar delitos de outros danos e conflitos, é demasiadamente vago e, em alguns casos, poderia sugerir uma minimização do dano.¹¹⁸

É importante salientar que essas três concepções de justiça restaurativa, apesar de conterem significativas diferenças entre si, encontram-se inseridas no movimento restaurativo e possuem pontos em comum. Além disso, na prática, nem sempre é possível delimitar em qual das concepções se encaixa determinada prática restaurativa, porque ela pode estar permeada por características das três concepções – a diferença entre elas é onde a ênfase é colocada. Portanto, não existe apenas uma resposta para “o que significa justiça restaurativa”, mas várias: pode ser um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que deve ser feito; pode representar uma mudança na concepção da justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena; pode se tratar de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa; por fim, pode ser a busca por uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente.¹¹⁹

Pelo exposto, fica claro que a escolha da justiça restaurativa como mecanismo para o procedimento do equilíbrio reflexivo se justifica visto que – embora não tenha a formulação de um conceito fechado – prioriza o diálogo e a discussão entre as partes envolvidas para que se restabeleça a relação rompida por uma infração. Na medida em que o grande atributo do equilíbrio reflexivo é a possibilidade de reestruturação de princípios escolhidos na posição original que deveriam – mas não fazem – afiançar a igualdade equitativa em um momento posterior à escolha racional de tais princípios, a justiça restaurativa entra como mecanismo para tornar essa readequação possível, por meio do diálogo das partes envolvidas, utilizando uma metodologia aberta e adaptável às diversas situações, consistindo em uma experiência democrática.

¹¹⁸ ZEHR, *Trocando lentes... cit.*, p. 173.

¹¹⁹ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 59-60.

Estabelecida a relação entre a teoria de John Rawls e a justiça restaurativa – objetivo deste primeiro capítulo – passa-se agora a abordar a relação entre o acesso à justiça e a justiça restaurativa, tendo sempre como “pano de fundo” a teoria da justiça como equidade. A tese de Rawls viabiliza condições mínimas e gerais de igualdade para que os membros de uma dada sociedade tenham acesso a todos os setores dela, podendo, assim, buscar seus interesses de forma individual. A sociedade de rawlsiana vista de uma ótica ausente de valores ou princípios, consiste em um conglomerado de indivíduos que tentam absorver ao máximo o disponível, cada um para si. Essa sociedade é o retrato da própria sociedade liberal. O objetivo maior é tentar buscar formas que viabilizem o acesso de todos os membros da sociedade a todas as suas instituições. Considerando que o acesso à uma justiça de qualidade é condição fundamental de uma sociedade liberal, democrática e bem organizada (corte epistemológico que o próprio Rawls faz em sua obra), pode-se afirmar que na readequação dos princípios por meio dos critérios de derivação de seus programas, a justiça restaurativa pode garantir maior efetividade no acesso à justiça.

2 ACESSO À JUSTIÇA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

As relações entre um sistema de justiça forte e justo, o desenvolvimento e a democracia têm sido crescentemente demonstradas empiricamente. Amartya Sen argumenta que a integridade conceitual do termo “desenvolvimento” combina diferentes domínios (economia, política, área social) em um processo que excede a mera interdependência causal entre as áreas, envolvendo uma conexão orgânica entre todas as esferas que compõem o desenvolvimento.¹²⁰

Tanto quanto as áreas econômica ou social, a capacidade legal-judicial de uma população denota e é parte integrante da qualidade de seu desenvolvimento. A organização legal-judicial em uma sociedade é fundamental para garantir aos indivíduos a liberdade, o alcance dos direitos e as escolhas disponíveis. Por outro lado, a experiência histórica tem demonstrado que crescimento econômico pode ser gerado em países sob um regime autoritário, mas que o verdadeiro desenvolvimento é dependente de regimes politicamente responsáveis e transparentes, com democracias que são participativas e inclusivas.¹²¹

Nesse sentido, reformas das instituições políticas, sociais e econômicas são cruciais para combater as desigualdades em qualquer área da sociedade e acelerar o desenvolvimento dos países. A ideia da democracia como um valor instrumental para a melhoria das políticas públicas e do bem-estar da população deve estar no epicentro das reformas políticas. De acordo com Bobbio, a consolidação da democracia implica a contestação do poder autoritário, a ampliação dos espaços e oportunidades de representação direta e a expansão das oportunidades do poder em surgimento, exercido por cidadãos comuns ou em nome destes. Dessa forma, a verdadeira democracia desenvolve-se protegendo a liberdade e os direitos dos cidadãos, bem como garantindo a extensão da participação das esferas políticas para as esferas sociais, onde a diversidade social, as desigualdades entre os indivíduos e grupos, a

¹²⁰ CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005, p. 211.

¹²¹ CARVALHO, *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira...cit.*, p. 212.

diversidade de papéis e demandas e diferentes inserções sociais e econômicas estão localizadas.¹²²

Na construção da democracia e do desenvolvimento, o judiciário ocupa um papel estratégico. Entretanto, a falta de informação da sociedade sobre o sistema judiciário, a frequente centralização e má localização dos serviços, os ambientes excessivamente formais, acoplados a uma linguagem hermética, ao tratamento frequentemente discriminatório e à letargia de processamento e resolução de casos, constroem ao mesmo tempo o encastelamento dos serviços judiciários e distanciamento de uma parte da população.¹²³

O aumento do acesso à justiça por qualquer grupo da população, a descentralização dos serviços judiciais, o controle externo, a promoção de outras formas de justiça para além da justiça retributiva e a agilidade na resolução de processos judiciais, são questões que dizem respeito a toda sociedade e indicam a necessidade de buscar novos paradigmas e padrões de desempenho da justiça como parte integrante do fortalecimento da democracia e na construção de um modelo de desenvolvimento efetivo.¹²⁴

As sociedades democráticas constitucionais, caracterizadas como Estados de Direito, são, em grande medida, pluralistas, ou seja, convivem nelas um conjunto de diferentes posturas e doutrinas morais, filosóficas, econômicas ou religiosas com seus valores e respectivos direitos e deveres, especificados para todos os aspectos da vida e da convivência humana. Estas doutrinas aceitam como algo “natural”, necessário e moralmente bom, a cooperação mútua entre os membros da sociedade na sua conservação, equilíbrio e reprodução. A sociedade, nesse sentido, é vista como um sistema de cooperação entre os cidadãos livres e iguais, onde eles tendem a buscar termos comuns de reciprocidade social. A motivação dos indivíduos para a aceitação desta reciprocidade não é apenas utilitária, baseada no reconhecimento de vantagens pessoais. A reciprocidade é acima de tudo vista como um bem moral e coletivo da sociedade, vital para a estabilidade social. Segundo Rawls, esta é a

¹²² CARVALHO, *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira...cit.*, p. 212.

¹²³ CARVALHO, *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira...cit.*, p. 212-213.

¹²⁴ CARVALHO, *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira...cit.*, p. 213.

primeira característica dos cidadãos de uma sociedade democrática pluralista: um sentido de justiça, um desejo de propor termos justos de cooperação social.¹²⁵

Sobre a sociedade pluralista, vale ressaltar a observação que Rawls faz em seu livro “O Liberalismo Político”. Ele considera duas alternativas ao “fato do pluralismo”: ou sua dissolução pela força (este é o que chama “o fato da opressão”), supondo que os indivíduos e grupos que abraçam diferentes concepções do mundo considerem seu cultivo um aspecto essencial, inegociável, de suas vidas; ou sua dissolução pela conversão voluntária de todos a uma só concepção. Para Rawls, a primeira alternativa é plausível, embora necessariamente instável e significando, na prática, o fim de qualquer forma de democracia liberal. Mas a segunda é considerada muito improvável, se for preservado nela o ambiente liberal-democrático¹²⁶. O autor explica:

A diversidade de doutrinas compreensivas, religiosas, filosóficas e morais, que encontramos nas sociedades democráticas modernas, não constituem uma mera situação histórica que repentinamente poderá terminar; é uma característica permanente da cultura pública da democracia. Nas condições políticas e sociais que asseguram os direitos e as liberdades básicos de instituições livres, uma diversidade de doutrinas compreensivas opostas e inconciliáveis surgirá e persistirá, se é que tal diversidade já não está ocorrendo.¹²⁷

O diagnóstico de Rawls, portanto, é: quanto mais desenvolvidas são as instituições democráticas, menor a chance de que uma concepção de mundo venha a obter predomínio sobre as demais. Ou ainda: maior a chance de o pluralismo se ampliar. Para que haja a hegemonia de uma concepção, só mesmo através da eliminação forçada das instituições democráticas.¹²⁸

¹²⁵ CARVALHO, *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira...cit.*, p. 214.

¹²⁶ ARAUJO, Cícero. *Concepções do Mundo e o Fato do Pluralismo*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em < <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/araujopluralismo.pdf> > Acesso em 04 de julho de 2017.

¹²⁷ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 80.

¹²⁸ ARAUJO, Cícero. *Concepções do Mundo e o Fato do Pluralismo*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em < <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/araujopluralismo.pdf> > Acesso em 04 de julho de 2017.

Qual seria então, nestas sociedades democráticas, constitucionais, pluralistas e complexas, a concepção de justiça mais adequada para especificar os termos de uma cooperação social entre seus membros, entendidos perante a lei como livres e iguais? A resposta deve, justamente, ser a justiça como equidade, entendida como aquela que almeja obter um consenso das partes e da sociedade, minimizar e compensar as perdas e os danos aos envolvidos, que pretenda ser imparcial para com os diferentes e para todos os cidadãos em disputa. A garantia do respeito à pluralidade como uma regra imbuída na sociedade e na maioria de seus cidadãos tem sido a razão do desenvolvimento, expansão e consolidação das práticas de justiça equitativa.

O objetivo desse capítulo é demonstrar que a justiça restaurativa pode servir para ampliar o acesso à justiça formal e material, já que ela funciona exatamente como um mecanismo para se restabelecer as relações em uma sociedade pluralista, garantindo a cooperação social daqueles afetados pelo delito: vítima, ofensor e comunidade. Tendo como base a teoria de Rawls, o que se pretende é verificar que ela funciona tanto para levar mais casos à justiça (acesso formal) quanto para garantir maior qualidade da justiça (acesso material), no sentido de dar uma resposta mais efetiva à vítima e à sociedade, assegurando a punição justa do ofensor. Ainda que ambos os aspectos do acesso à justiça sejam contemplados, o maior foco será ao acesso material, já que a própria teoria de Rawls não trata da justiça como o acesso ao judiciário. Embora a justiça restaurativa possa ser trabalhada em várias áreas do direito (civil, família, trabalho etc.), o enfoque dado aqui é em como ela é útil na seara criminal, já que o sistema penal baseado na justiça retributiva tem sofrido justas críticas em diversos países, uma vez que não tem se mostrado realmente eficiente nem na punição, nem na ressocialização, nem na resposta adequada à vítima e à sociedade. Para se chegar ao objetivo do capítulo, optou-se por fazer breve resumo da evolução do direito de acesso à justiça, como ele funciona em alguns países (França, Inglaterra, Argentina e Brasil), que obstáculos são enfrentados, quais são os aspectos mais relevantes da justiça restaurativa e como “acesso à justiça” e “justiça restaurativa” se conectam.

2.1 O direito fundamental de acesso à justiça

A expressão “direitos humanos” é reservada para aquelas reivindicações a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positividade numa ordem jurídica particular. A expressão “direitos humanos”, até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução “direitos fundamentais” é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra. Essa distinção não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, não raro, acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. Esses direitos, porém, não são coincidentes no modo de proteção ou no grau de efetividade: as ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a ordem internacional. Se é verdade que um direito fundamental caracteriza-se por estar recepcionado por algum preceito de direito positivo, é também fato que, no direito comparado, essa técnica de recepção pode variar.¹²⁹

Robert Alexy explica que “direitos fundamentais são essencialmente os direitos do homem transformados em direito positivo”, ou melhor, os direitos fundamentais procuram transformar direitos humanos em direito positivo. Nessa transformação, os direitos do homem não sofrem prejuízos em sua validade moral, pelo contrário, ganham adicionalmente uma validade jurídico-positiva. José Joaquim Gomes Canotilho explica que os “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”, enquanto os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. Assim entendidos, os “direitos humanos” podem se tornar “direitos fundamentais”.¹³⁰

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278-279.

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278-279.

Os direitos fundamentais são uma construção histórica, o que quer dizer que a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Na França da Revolução, por exemplo, os direitos fundamentais podiam ser resumidos a liberdade, igualdade e fraternidade; atualmente, porém, o conceito de direitos fundamentais alcança até mesmo questão inimaginável naquela época, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (a exemplo do que dispõe o art. 225, caput, da Constituição Federal Brasileira, de 1988). Essa historicidade é uma das características dos direitos fundamentais. Como afirmava Norberto Bobbio:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.¹³¹

A história da institucionalização dos direitos humanos como direitos fundamentais evidencia certa desconexão entre as ideias e a realidade, entre a teoria e a prática. Com efeito, o documento apontado como um dos marcos jurídico dos direitos fundamentais, a “Magna Carta” de 1215, não continha direitos baseados em concepções de direitos humanos, mas tão somente liberdades, que se aperfeiçoaram com as revoluções inglesas do século XVII e, mais ainda, com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que teria sido a primeira a positivar um catálogo completo de direitos fundamentais.¹³²

Hoje, o cenário é mais completo, pois além de as Constituições atuais do período pós Segunda Guerra Mundial darem sólida proteção às liberdades democráticas clássicas, esses documentos também têm inúmeras e expressivas prescrições de dimensão social, mais especificamente, direitos prestacionais. Isso quer dizer que não se garantem mais somente os instrumentos de defesa contra o Estado, mas também de exigência de condutas positivas, não só garantindo o exercício em si de direitos fundamentais, como intervindo nas relações entre os próprios cidadãos.¹³³ Portanto, os que se identificam atualmente como direitos fundamentais são, além das liberdades clássicas, os direitos prestacionais (sociais), bem como os direitos à intervenção estatal contra violações daquelas primeiras liberdades por

¹³¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹³² ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Tradução colombiana de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 32-34.

¹³³ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Tradução colombiana de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 36.

particulares, o que, no modelo clássico, não era vislumbrado. Historicamente, os direitos fundamentais eram defesa contra o Estado e não contra outros particulares.

Podemos apontar, basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à ideia de direitos fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana. O conceito de Estado de Direito pode ser entendido, em poucas palavras, como o Estado de poderes limitados, por oposição ao chamado Estado Absoluto (em que o poder do soberano era ilimitado). O conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.¹³⁴ É certo que hoje se fala mais em submissão à Constituição, antes mesmo da submissão à lei, com o que ganha corpo o conceito de Estado Constitucional de Direito. Mesmo assim, logo se vê que o conceito de Estado de Direito traz como consequência lógica a existência (e garantia) dos direitos fundamentais. É por isso mesmo que José Afonso da Silva afirma que “a concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres”.¹³⁵

Já a “dignidade humana”, trata-se de um princípio aberto, mas que, em síntese, pode-se dizer que se trata de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais. Embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais.¹³⁶

Os direitos fundamentais, além da historicidade, apresentam outras sete características em comum. A primeira é a “relatividade”: nenhum direito fundamental é absoluto. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, já que podem ser relativizados – primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si e, nesse caso, não se pode estabelecer, a priori, qual direito vai se sobrepor ao outro, uma vez que essa questão apenas pode ser analisada tendo em vista o caso concreto; e em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Por outro lado, a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

¹³⁶ FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral__dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹³⁷ Como assinala Konrad Hesse

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.¹³⁸

A segunda característica é a “imprescritibilidade”: não são prescritos pela “falta de uso”. No Direito Constitucional, dizer que os direitos fundamentais são imprescritíveis significa dizer que não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo. A terceira é a “inalienabilidade”, ou seja, os direitos fundamentais possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade, não podendo ser transferidos. A quarta é a “indisponibilidade”: aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade; mesmo assim, a renúncia aos direitos fundamentais só é admitida de forma temporária e se não afetar a dignidade humana. A quinta é a “indivisibilidade”, o que quer dizer que os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de maneira separada, isolada. A sexta é a eficácia horizontal e vertical: antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão). Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). Portanto, pode-se dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal). A sétima é a “conflituosidade”, ou seja, os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível,

¹³⁷ FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

¹³⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256. *Apud*: FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer.¹³⁹

Estabelecidas as características principais dos direitos fundamentais, vale discorrer sobre as gerações ou dimensões desses direitos. Os direitos fundamentais devem ser considerados como “uma categoria aberta e potencialmente ilimitada”, que poderá ser complementada segundo a importância de um determinado direito para o pleno desenvolvimento da sociedade. A sua trajetória vincula-se aos anseios e às necessidades humanas, que são refletidos nos diversos movimentos jurídicos existentes.¹⁴⁰ Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso a doutrina prefere a denominação “dimensões”.

Os direitos de primeira dimensão se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder. Trata-se de impor ao Estado *obrigações de não-fazer* e são direitos relacionados às pessoas, individualmente.¹⁴¹

Os direitos de segunda dimensão são direitos sociais, assim entendidos os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma *obrigação de fazer*. Baseiam-se na noção de igualdade material (redução de desigualdades), no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la. Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria. Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste de algum serviço como saúde, educação, segurança pública etc.¹⁴²

¹³⁹ FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267-268.

¹⁴¹ FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

¹⁴² FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

Os direitos de terceira dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou supraindividuais (estão acima do indivíduo isoladamente considerado). Caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica.¹⁴³

Há autores que se referem aos direitos fundamentais de quarta dimensão, mas ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos. Para Norberto Bobbio tratam-se dos direitos de engenharia genética, enquanto Paulo Bonavides diz que se trata da luta pela participação democrática.¹⁴⁴

Vale destacar o tema dos “direitos fundamentais” na obra rawlsiana. Na teoria da Justiça de Rawls foram delimitados dois princípios básicos, quais sejam: o direito igual de liberdade para todos e, em segundo lugar, as diferenças são admitidas, mas desde que exista acesso às posições da sociedade para qualquer de seus membros, conferindo-se oportunidades equitativas e para promover um maior benefício para os menos favorecidos. Dos princípios básicos extrai-se a matriz dos direitos fundamentais: ao se falar em direito igual de liberdade para todos, em uma só expressão estão assegurados os valores fundamentais da liberdade e da igualdade; igualmente, quando Rawls trata das diferenças, prescreve acesso a todos no que diz respeito às oportunidades e também em benefício dos menos favorecidos, o que denota a submissão à fraternidade social. Da mesma forma, a teoria da Justiça de Rawls antecede o texto constitucional, que deverá ser elaborado visando a atender aos princípios básicos anteriormente formulados. Além disso, não se pode esquecer que a formulação de Rawls tem em mira um Estado Democrático de Direito e parâmetros de equidade. A partir da submissão à liberdade e à igualdade tal como estabelecida na teoria da Justiça, estará sendo fomentada uma sociedade democrática e justa. Em outras palavras, os princípios básicos de Justiça da

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267-268.

¹⁴⁴ FILHO, João Trindade Cavalcanti. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em < http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf > Acesso em 10 de maio de 2017.

teoria de Rawls ostentam valores que, uma vez normatizados, são direitos fundamentais, especificamente os direitos fundamentais matrizes da liberdade e da igualdade.¹⁴⁵

É justamente no Estado Democrático de Direito que a tutela jurisdicional efetiva não é apenas uma garantia em si, mas um direito fundamental cuja eficácia é necessária assegurar em respeito à dignidade humana. O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça em um direito-chave, um direito cuja denegação acarretaria a todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça não pode ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos.¹⁴⁶

Estabelecido o direito de acesso à justiça como um direito fundamental e de suma importância para a concretização dos demais direitos, passa-se a explicar sua evolução histórica, sua manifestação em alguns países, seu conceito e os obstáculos que enfrenta para se tornar um direito efetivo.

2.1.1 *Evolução Histórica do Acesso à Justiça e sua manifestação em alguns países*

O acesso à justiça é um direito humano fundamental, reconhecido em diversos tratados internacionais. A Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948 prevê no art. 18¹⁴⁷

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a

¹⁴⁵ CARVALHO, Feliciano de. A teoria da Justiça de Rawls como uma Teoria de Direitos Fundamentais. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Ano 2, nº 4, jul/dez, 2014, p. 54-56.

¹⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 167-168.

¹⁴⁷ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – 1948. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>> Acesso em 10 de maio de 2017.

proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Da mesma forma, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴⁸ de dezembro do mesmo ano que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” De outro turno, ratificando o compromisso dos Estados com o respeito aos direitos fundamentais, firmaram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, com dispositivos consolidando esse compromisso assumido pelos Estados.

No mesmo sentido, foi o compromisso assumido pelos Estados no âmbito interamericano. Estabelece a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴⁹, também conhecida como Pacto de San Jose de 1969, em seu art. 8º que trata das garantias judiciais:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

E ainda, no art. 25, que trata dos recursos, a previsão de acesso aos tribunais para revisão dos julgados. Esse compromisso constitui um dos pilares fundamentais das sociedades contemporâneas comprometidas em promover a igualdade perante e na lei. Reconhece-se, a partir dos instrumentos internacionais, obrigações estatais positivas para a implementação de mecanismos para que a população possa reclamar e reivindicar direitos ante aos órgãos jurisdicionais competentes.

No âmbito interno dos países, coube à França no século XIX (1851) editar um Código de Assistência Judiciária que veio inaugurar a nomenclatura ainda hoje utilizada em vários países. Neste contexto, o Ministério Público (*Ministère Public*) abrangia três categorias: “*Le gens du roy*” que deu início aos advogados do Estado; os defensores da sociedade que gestaram a promotoria pública e os defensores do *pauper* que são os primórdios da Defensorias Públicas. As instituições judiciárias francesas carregam herança histórica de desconfiança por parte da população e do próprio governo. Durante o Antigo Regime, o título de magistrado dos parlamentares era vendido pelos reis a senhores feudais, privilégio que

¹⁴⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> > Acesso em 10 de maio de 2017.

¹⁴⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em 10 de maio de 2017.

atribuía diversos poderes, dentre eles o de distribuir a justiça com completa autonomia, originando comportamentos arbitrários. A própria dualidade de jurisdição, tão típica do sistema jurisdicional francês, encontra raízes nessa relação.¹⁵⁰

A Revolução Francesa exerceu o papel da ruptura, da abolição dos privilégios, da instauração de uma nova ordem com a proclamação de princípios reitores do novo Direito. A codificação representava o fim do poder dos juízes, que se limitariam a aplicar o texto da lei. Ao célebre Código Civil de Napoleão seguiu-se, em 1806, o Código de Processo Civil que não representou grande inovação na ordem jurídica interna e a celeridade não era um ponto forte do código de processo napoleônico. Atualmente vige no país o Novo Código de Processo Civil (1975) e a morosidade e os demais problemas ligados ao acesso à justiça são uma realidade que, em geral, acomete a justiça francesa, conforme atestam as reclamações ajuizadas no Tribunal Europeu: tanto que conduziu ao aperfeiçoamento da sistematização das normas processuais civis, consolidadas em um único diploma a partir de 2007.¹⁵¹

Se o uso de precedentes foi bem recebido no bojo da jurisdição administrativa da França, o mesmo não se pode afirmar quanto às tentativas de agilização da jurisdição judiciária por meio do recurso à oralidade: o processo oral implica uma quebra relevante do protocolo do Poder Judiciário francês.¹⁵²

Vale ainda ressaltar que a França é um país conhecido por receber imigrantes advindos das mais diversas culturas. Foi notório o fluxo de imigração de poloneses, espanhóis, italianos e portugueses durante os períodos de crise política deflagrada pelas ditaduras instaladas ao longo da segunda guerra mundial, a que se somou a fuga de chilenos, brasileiros e outros sul-americanos perseguidos pelas ditaduras militares, já nos anos setenta. O ciclo prosseguiu com a independência das colônias francesas e o ônus social daí decorrente, que importariam para a França a mão de obra oriental e africana. A riqueza cultural obtida na França a partir da convergência de povos de variadas etnias no mesmo território fez do país, juridicamente, um grande centro de estudo de Antropologia Jurídica, em razão da coexistência de diversos sistemas jurídicos autóctones, não oficializados, mas nem por isso menos efetivos na garantia do acesso à justiça dessas populações. Não sem razão, uma das especializações da Justiça

¹⁵⁰ SALOMÉ, J.F. *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido: perspectiva comparada no Tribunal Europeu de Direitos do Homem*. 2012. 489 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 56.

¹⁵¹ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 56.

¹⁵² SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 81-82

civil é a chamada “justiça de paz”, que inclui os *Tribunais de Instância* e as *Jurisdições de Proximidade*. Estas últimas, embora não possuam poder jurisdicional, se encarregam de resolver os litígios possíveis através de meios alternativos, em especial mediação e conciliação.¹⁵³

Ainda se discute a verdadeira natureza das Jurisdições de Proximidade consideradas por alguns como mera extensão dos Tribunais de Instância, cuja criação se deu com o objetivo de atenuar o excesso de processos nestes últimos, no que foram bem sucedidas. Os juízes de proximidade são encarregados de solucionar amigavelmente litígios cuja monta não ultrapasse quatro mil euros. Os Tribunais de Instância, por sua vez, dispõem de competência para o julgamento das causas não solucionadas pelo juiz de proximidade, que também se estende a causas civis, de natureza pessoal ou real. A doutrina costuma classificar em quatro as diferentes matérias sujeitas à apreciação dos Tribunais de Instância e das jurisdições de proximidade: contratos, responsabilidade civil, relações de trabalho/ proteção social e propriedade de bens. No contexto francês, resolver um litígio sem o julgamento propriamente dito de uma autoridade francesa permite emergirem soluções nem sempre oferecidas pelo ordenamento jurídico francês. Tem-se, portanto, especialmente para os imigrantes, relevante mecanismo de ampliação do acesso à justiça, na medida em que promove o reconhecimento dos direitos autóctones pelo Estado francês sem afetar a sistematização e a racionalidade do direito oficial de base romano-germânica. Para tanto, bastou a incorporação de formas alternativas de resolução de litígios, em relativização, por conseguinte, da necessidade de se dogmatizar ampla gama de normas autóctones de diversas origens e, em grande parte, divergentes. Vale ressaltar, por fim, que as Justiças de paz na França aplicam-se a causas de menor envergadura financeira ou a infrações de menor potencial ofensivo.¹⁵⁴

Já no Reino Unido, seguindo a evolução histórica do acesso à justiça como direito fundamental, com o advento do chamado *Welfare State*, passou a ter relevância o combate às desigualdades sociais e, assim, adotou-se, em caráter pioneiro, a atribuição do patrocínio dos cidadãos menos afortunados a profissionais liberais mediante remuneração estatal, por meio de uma lei inglesa de 1949, denominada *Legal Aid and Advice Act*.¹⁵⁵

A formação do sistema jurídico inglês carrega força antropológica que somente a necessidade de composição política de povos muito diferentes poderia gerar decorrência de

¹⁵³ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 86.

¹⁵⁴ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 87-88, 91.

¹⁵⁵ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 103.

um movimento voltado para a definição de uma identidade inglesa, elemento imprescindível para a centralização de poderes na figura dos reis de origem normanda. Se na Inglaterra do século XI coexistiam vários ordenamentos jurídicos de tradição eminentemente oral – celtas, jutos, saxões, anglos, frísios, vikings, galeses – a unificação jurídica só seria possível sem maiores impactos se efetivada na figura de uma autoridade carismática e desde que preservasse as peculiaridades culturais dos povos que ali habitavam.¹⁵⁶ Em 1999 foi criado o novo Código de Processo Civil Inglês: o *Civil Procedure Rules*, que carregou profundas alterações no modo de condução do processo. Seus dispositivos restringem-se a promover o regramento geral dos trâmites processuais e não é mais extenso que o *Code de Procedure Civil* francês.¹⁵⁷

A oralidade é princípio de suma importância no processo civil inglês e é tanto mais utilizado quanto menor for o nível hierárquico da corte de justiça. Uma ação é iniciada através do preenchimento de um formulário e assim, na primeira audiência designada é que os contornos da ação serão efetivamente traçados, mediante exposição oral das partes ou de seus advogados. O patrocínio de uma demanda por advogado não é indispensável, o que estimula os demandantes a procurarem a justiça diretamente, em especial nas causas de menor valor e complexidade. Por isso, a maior parte das causas civis, que não iniciadas nas *County Courts*, são apresentadas verbalmente por pessoas leigas. Servidores da justiça encarregam-se de registrar os atos orais. Não obstante, a presença do advogado costuma ser incentivada em se tratando de causas que tenham início na *High Court*, embora não haja obrigatoriedade.¹⁵⁸

Por trás do preço elevado cobrado pelo Reino Unido para o acesso ao Poder Judiciário, encontra-se a orientação política expressa de repassar para o usuário da justiça a maior parte de seu custo efetivo. Essa como regra não é seguida pelos países europeus adeptos do *droit civil*, onde a justiça é oferecida como serviço público essencial, cuja maior parte é subsidiada pelo governo¹⁵⁹. Sem dúvida, os elevados riscos do processo no direito inglês decorrem, em especial, do caráter empobrecedor das custas judiciais. Perante o Tribunal Europeu já foi interposta ação por entender que essa prática constitui ofensa à Convenção Europeia, por negativa de acesso à justiça. É que o próprio processo civil inglês é estruturado de tal forma que as partes tenham amplo espaço para encerrarem o litígio por meio de consenso, a todo

¹⁵⁶ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 94.

¹⁵⁷ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 104.

¹⁵⁸ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 114.

¹⁵⁹ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 118.

tempo incentivadas pela chance de verem-se livres de novas custas: permanecer em juízo é luxo.¹⁶⁰ Reduzir os valores exorbitantes das custas judiciais ainda é desafio no direito inglês, inclusive permitir sua adaptação às normas comunitárias. Não se trata, porém, de questão simples, passível ser solucionada com a redução drástica dos valores cobrados. Por detrás dessa prática, revela-se a própria essência do processo civil inglês, avesso à incapacidade do cidadão de solucionar por si só e pacificamente seus conflitos. Nesse sentido, o caráter punitivo das custas sobrepõe-se à pretensão arrecadatória, em tudo secundária.¹⁶¹

Em se tratando de países com formação de um sistema jurídico mais recente e próximo ao Brasil, vale a análise de como se concretiza o acesso à justiça na Argentina. Lá, a função de defender os necessitados e a população vulnerável encontra-se sob duas ópticas diferentes: de um lado, o “*defensor del Pueblo de La Nación*” e, de outro, a estrutura do “*Ministério Público de La Defensa*”. A figura do *Defensor del Pueblo de La Nación* na República Argentina segue inspiração no controle da função jurisdicional exercida pelo Estado.¹⁶² O defensor do povo tem uma função vinculada ao Poder Legislativo, eleito pelo Congresso Nacional para um mandato de 5 anos e cuja função consiste na defesa da sociedade contra atos, fatos e omissões da Administração Pública.¹⁶³ De outro lado, a partir do novo desenho constitucional com a reforma de 1994, criou-se uma estrutura similar à Defensoria Pública Brasileira: trata-se do *Ministério Público de La Defensa*. O *Ministério Público de La Defensa* tem como chefe da instituição o cargo de *Defensor General de La Nación* e é composto também pelos defensores, tutores e curadores públicos. Compete aos membros do *Ministério de La Defensa*, a defesa, em matéria penal, de todos aqueles que não tenham constituído advogados. Se a pessoa possuir recursos, deverá ressarcir os serviços no caso de condenação. Em matéria não penal, atua favoravelmente a todos que não possam pagar advogado e ainda como curador dos ausentes. Trata-se não apenas de assistência judicial, mas jurisdicional, ou seja, de aconselhamento, consultoria e soluções extrajudiciais de conflitos.¹⁶⁴

Como se denota, a questão do acesso à justiça na Argentina tem sido buscada com ações efetivas, com a estrutura de órgão próprio destinado à defesa, não apenas na esfera penal, mas também com assistência técnica em matéria não-penal. Ainda, vislumbra-se

¹⁶⁰ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 119.

¹⁶¹ SALOMÉ, *Acesso à Justiça na França e no Reino Unido... cit.*, p. 120.

¹⁶² BRAUNER, Daniela Jacques. Acesso à Justiça no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, v. 15, 67-89, jan./jun., 2010, p. 72.

¹⁶³ BRAUNER, *Acesso à Justiça no Mercosul... cit.*, p. 73.

¹⁶⁴ BRAUNER, *Acesso à Justiça no Mercosul... cit.*, p. 73.

especial empenho no que tange ao envolvimento institucional com os países vizinhos, trabalhando no Bloco das Defensorias do MERCOSUL e Reunião dos Defensores Gerais, além de atuação nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.¹⁶⁵

Por fim, no Brasil os primeiros registros da criação de um órgão estatal encarregado de patrocinar causas à população carente foi no Estado do Rio de Janeiro, sede da então capital federal, por meio da Lei nº 2188, de 1954, que criou, no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça, os seis primeiros cargos de Defensor Público. Em 1958 foi implementado os serviços de assistência judiciária no Distrito Federal e Territórios, sendo os mesmos prestados por defensores públicos ocupantes da classe inicial da carreira do Ministério Público.¹⁶⁶

O princípio do acesso à justiça está presente na Constituição Federal no inciso XXXV do art. 5º. Pela sua literalidade, é possível verificar que existe um amplo acesso ao Poder Judiciário para fins de preservação ou alcance de direitos. É a acepção formal de tal comando normativo.

A Constituição Federal de 1988 encampa a necessidade de o Estado se incumbir de prestar assistência jurídica (judicial e extrajudicial), aos que comprovarem insuficiência de recursos, elencando-a como direito fundamental e criando a Defensoria Pública como instituição essencial à prestação jurisdicional (art. 134). Cada Estado federado está responsável de criar e organizar a Defensoria Pública e a União de organizar a Defensoria Pública da União. Assim, a Defensoria Pública no Brasil é formada pelas: Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 assegurou às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. As regras gerais para a organização das Defensorias Públicas foram estabelecidas pela Lei Complementar 80 de 1994 que também criou a Defensoria Pública Federal. A Lei Complementar 80/94 sofreu recente alteração pela Lei Complementar nº 132, que focou claramente o objetivo da Defensoria Pública como instituição essencial ao acesso à justiça e o seu papel no século XXI:

Art. 3º-A São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

- I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
- II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
- III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos;

¹⁶⁵ BRAUNER, *Acesso à Justiça no Mercosul... cit.*, p. 75.

¹⁶⁶ BRAUNER, *Acesso à Justiça no Mercosul... cit.*, p. 76.

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em 2007, foi publicada a Lei 11.448 que conferiu legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública, ao lado do Ministério Público, de sociedades civis e Administração Pública. Neste mesmo ano, foi publicada a Lei 11.449 que prevê a necessidade de comunicação à Defensoria Pública de toda a prisão em flagrante, possibilitando maior fiscalização e atuação desse órgão na defesa dos cidadãos detidos.¹⁶⁷

Apesar de todas as disposições constitucionais e legais a respeito da importância da Defensoria e do papel do Estado em instituí-la ainda não existe Defensoria Pública estruturada em todos os Estados federados e, mesmo a Defensoria Pública da União conta com um número exíguo de Defensores incapaz de dar conta de toda a população brasileira. A previsão de fundo de reestruturação e direcionamento de honorários para aparelhamento da Instituição, salvo o caso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, ainda não se concretizou e as Defensorias Públicas sofrem ainda com falta de pessoal e recursos materiais.¹⁶⁸

2.1.2 *O conceito e os obstáculos para o efetivo acesso à justiça*

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Uma premissa básica é de que a justiça social, tal como desejada pelas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.¹⁶⁹

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito de acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça

¹⁶⁷ BRAUNER, *Acesso à Justiça no Mercosul... cit.*, p. 79.

¹⁶⁸ BRAUNER, *Acesso à Justiça no Mercosul... cit.*, p. 80

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 8.

pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o poder estatal não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. A justiça, como outros bens no *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.¹⁷⁰

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas Constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação. Tornou-se consenso que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos básicos. Dessa forma, o direito ao acesso efetivo à justiça ganhou particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.¹⁷¹

O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 9.

¹⁷¹ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.,* p. 11-12.

estatais. São vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos. A efetiva realização dos direitos não é, contudo, uma decorrência imediata da inclusão do direito de acesso à justiça em textos legais, muito embora a legalidade provoque impactos na sociedade, sua extensão e profundidade dependem fundamentalmente de variáveis relacionadas a situações objetivas e do grau de empenho dos integrantes das instituições responsáveis pela sua efetividade.¹⁷²

Segundo Sadek, o direito de acesso à justiça implica que se considerem ao menos três etapas distintas e interligadas: o ingresso visando à obtenção de um direito, os caminhos posteriores à entrada e, finalmente, a saída. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça só se efetiva quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável, ou seja, quando não apenas é proclamado o direito, mas ele é efetivado.¹⁷³

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas e a questão é saber quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem ser atacados. Cappelletti e Garth identificaram que existem três grandes obstáculos ao acesso efetivo à justiça: custas judiciais, possibilidades das partes e os problemas especiais dos interesses difusos.¹⁷⁴

Em relação às custas judiciais, os autores afirmam que a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Os litigantes precisam suportar a grande proporção dos custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas do judiciário. Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a

¹⁷² SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP. São Paulo. N. 101, p. 57. Março/Abril 2014. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814> > Acesso em 23 de maio de 2017.

¹⁷³ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 14.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 15.

ponto de tornar a demanda uma futilidade. É relevante também a questão do tempo: em muitos países as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar anos por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerar os índices de inflação, podem ser devastadores – ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.¹⁷⁵

As “possibilidades das partes” é ponto central quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo e diz respeito ao fato de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas: recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e, por fim, a eventualidade e habitualidade. Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas: elas podem pagar para litigar e podem sustentar litígios longos. A “capacidade jurídica” pessoal se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito mais abrangente e crucial na determinação do acesso à justiça – ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado por meio do aparelho judiciário. Muitos cidadãos não podem ou não conseguem superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos. Em um primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível e as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda. Há também a questão psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não busca-lo: procedimentos complicados, formalismos, ambientes intimidadores, figuras (juízes, promotores, advogados) tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido.¹⁷⁶

Obviamente, todos esses obstáculos tem importância maior ou menor, dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas. Por fim, existe a diferença entre os litigantes “eventuais” e os “habituais”: essa distinção se refere aos indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ditos “litigantes habituais” são: maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; o litigante habitual tem economia de escala pela quantidade de casos; também tem oportunidades de desenvolver

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.,* p. 16-20.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.,* p. 21-24.

relações informais com os membros da instância julgadora; pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos e pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.¹⁷⁷

Já em relação aos problemas especiais dos interesses difusos, a questão básica que eles apresentam é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. Outra barreira se relaciona com a questão da reunião: ss várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum.¹⁷⁸

Cappelletti e Garth ainda identificam três ondas de soluções para o problema do acesso à justiça que emergiram mais ou menos em sequencia cronológica nos países ocidentais. A primeira onda foi a “assistência jurídica para os pobres”; a segunda se manifesta na representação dos direitos difusos; e a terceira ocorre com a informalização de procedimentos de resolução de conflitos.¹⁷⁹

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Foram introduzidas reformas relativamente cedo na Alemanha e Inglaterra: a Alemanha deu início a um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual era extensiva a todos que a pleiteassem; na Inglaterra, a principal reforma começou no final da década de 40 do século XX, com a criação do *Legal Aid and Advice Scheme*, que foi confiado à associação nacional dos advogados. Em 1965 nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity* começou a reforma para acesso mais amplo à justiça e continuou pela década de 1970. Logo, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século XIX, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de “*securité sociale*”, no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Também durante esse período, Áustria e Holanda reviveram seus programas de assistência judiciária, de modo a remunerar os advogados mais adequadamente.¹⁸⁰

A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha foram o apoio ao denominado sistema *judicare*. Trata-se de um

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 25.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 26-28.

¹⁷⁹ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 58.

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 35.

sistema por meio do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei e os advogados particulares são pagos pelo Estado. A finalidade desse sistema é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe. O fato é que o *judicare* desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres – isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar o auxílio, ou seja, não encoraja, não permite que o profissional auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos.¹⁸¹

O modelo do “advogado remunerado pelos cofres públicos” tem um objetivo diverso do sistema *judicare*. Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los. Os advogados deveriam ser instruídos diretamente no conhecimento dessas barreiras, de modo a enfrentá-las com maior eficiência. O ponto mais importante é que os advogados tentavam ampliar os direitos dos mais pobres por meio de casos-teste, do exercício de atividades de *lobby*, e de outras atividades tendentes a obter reformas da legislação, em benefício dos pobres, dentro de um enfoque de classe. Em relação ao *judicare*, esse sistema ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal das classes menos favorecidas, indo em direção a elas para auxiliá-las a reivindicar seus direitos. O problema mais sério desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo. Alguns outros países escolheram combinar esses principais modelos de sistemas de assistência jurídica, depois de terem reconhecido as limitações que existem em cada um deles e que ambos podem, na verdade, ser complementares – foi o caso da Suécia e a província canadense de Quebec.¹⁸²

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos. Esta segunda onda de reformas forçou a

¹⁸¹ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.,* p. 35-39

¹⁸² CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.,* p. 38-45.

reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. A ação governamental não se mostrou muito bem sucedida na proteção desses direitos. Tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são incapazes de fazê-lo. É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos – tal solução não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público e a assessoria pública podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.¹⁸³

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses públicos é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas também centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Esse movimento emergente de acesso à justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro: conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes e diferentes soluções mais eficientes.¹⁸⁴

Deve-se lavar em consideração também as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio: elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo ou apenas contados eventuais – a mediação e outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. Por fim, em relação à terceira onda, vale enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas e individuais. Embora relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas

¹⁸³ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 60-66.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 67-69.

diferentes: alguns mecanismos podem ser utilizados tanto para dar amparo aos indivíduos, quanto para impor os direitos coletivos de uma classe. É necessário, portanto, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los.¹⁸⁵

O enfoque do acesso à justiça tem um número imenso de implicações. Pode-se afirmar que ele exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial: qualquer tipo de reforma se relaciona muito proximamente com outras reformas, potenciais ou existentes. Existem esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos.¹⁸⁶

É preciso reconhecer, no entanto, que as reformas dos tribunais regulares encontram limitações e isso envolve a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. Já há algum tempo vem ganhando espaço o juízo arbitral, a conciliação e a mediação fora dos tribunais.¹⁸⁷

O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro.¹⁸⁸

No que diz respeito à conciliação, existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e seja restaurado um relacionamento complexo e prolongado

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 71-73.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 75.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 81.

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 82.

– ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencida” e outra “vencedora”.¹⁸⁹

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.¹⁹⁰

Diante do exposto, fica claro que na relação entre os direitos e seus destinatários é possível perceber que existe, por vezes, um distanciamento agudo entre eles. Surgem, então, as reflexões acerca de uma justiça mais humana e socializada. Nesse contexto há que se falar em justiça social e participativa, de modo que os atores envolvidos nos conflitos tenham papel de protagonistas, no sentido de ganhar espaço e relevância, tendo em vista a dinâmica social em contraponto com as barreiras e obstáculos que inibem o efetivo acesso à justiça. A sociedade civil percebeu que o Estado não possui condições de atender a todas as demandas da modernidade e isto tem resultado na formação de movimentos civis que supram essas lacunas deixadas pelo Estado. Na contemporaneidade, então, a sociedade tem encontrado suporte, dentre outros, na Justiça Restaurativa, cuja essência é a resolução de problemas de forma colaborativa.

2.2 A justiça restaurativa

Já estabelecidos no primeiro capítulo quais os antecedentes, o conceito de justiça restaurativa, e onde ela se encaixa na teoria de Rawls (equilíbrio reflexivo), resta elucidar nesse item os outros aspectos que a tornam um veículo para a ampliação do acesso à justiça.

A justiça restaurativa pode ser classificada como um conjunto de métodos de tratamento de conflitos, em que se manifestam as características da voluntariedade na participação, multidisciplinaridade na intervenção, empoderamento dos envolvidos, horizontalidade das

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, GARTH, *Acesso à justiça.. cit.*, p. 83-85.

¹⁹⁰ Conciliação e mediação. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao> > Acesso em 24 de maio de 2017.

relações, valorização das soluções dialogadas, ressignificação do papel do ofendido e da comunidade no processo, a busca pela reintegração sem estigmas do ofensor na sociedade e, por fim, confidencialidade do procedimento. De forma geral, pode ser assim entendida:

Trata-se de uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de uma maneira mais construtiva que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional, seja o retributivo, seja o terapêutico. Correndo risco de simplificação excessiva, pode-se dizer que a filosofia desse modelo se resume nos três “R”: *Responsibility, Restoration and Reintegrations* (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, desde que cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que ele também danificou com o ilícito.¹⁹¹ (tradução nossa).

Para se entender o conteúdo da justiça restaurativa é necessário compreender a dimensão restauradora. Segundo Pedro Scuro Neto

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pela malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os malefícios infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.¹⁹²

Na explicação dada por Scuro, pode ser destacado que a metodologia restaurativa busca dar ênfase aos sentimentos de todos os envolvidos por uma infração, ante a simplista resposta punitiva do sistema penal retributivo. As práticas de Justiça Restaurativa podem possibilitar de melhor maneira a satisfação das necessidades emocionais e de relacionamento, além de ser um dos elementos para o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social. É importante destacar as características de complementaridade e de plasticidade que são observadas na justiça restaurativa: trata-se de um sistema complementar de justiça e,

¹⁹¹ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. *Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis*. Cidade do México: Inacipe, n. 13. Abr./Jun 2005, p. 199. No original: “Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.

¹⁹² PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), p. 21.

exatamente por isto, não pretende substituir por completo os sistemas vigentes. É preciso destacar que a utilização de práticas restaurativas não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar os suspeitos de praticarem infrações.

As práticas restaurativas geralmente ocorrem a partir de um encontro, que são conduzidos por facilitadores que supervisionam e orientam o processo. Todos os modelos de práticas restaurativas, segundo Howard Zehr “abrem oportunidade para que os participantes explorem fatos, sentimentos e resoluções. Eles são estimulados a contar suas histórias, fazer perguntas, expressar seus sentimentos e trabalhar a fim de chegar a uma decisão consensual”¹⁹³. Para delimitar adequadamente a prática restaurativa, Zehr elaborou dez diretrizes:

1. Dar aos danos causados pela conduta nociva prioridade em relação às regras formais que possam ter sido infringidas; 2. Mostrar igual preocupação e envolver-se tanto com os infratores quanto com a sorte de suas vítimas; 3. Trabalhar pela reparação do dano causado, apoiando vítimas, famílias e comunidades, atendendo suas necessidades; 4. Apoiar os infratores, ao mesmo tempo estimulando-os a entender, aceitar e cumprir com as suas obrigações; 5. Reconhecer que as obrigações dos infratores não são tarefas impossíveis nem impostas para causar-lhes prejuízo ou sofrimento; 6. Oferecer, quando for apropriado, oportunidades de diálogo, direto ou indireto, entre vítimas e infratores; 7. Envolver as comunidades no processo judicial e dar-lhes condição de reconhecer e enfrentar os problemas e conflitos do seu entorno; 8. Estimular colaboração e reintegração, em lugar de coerção e isolamento; 9. Atentar para as consequências indesejáveis de nossas ações e projetos, mesmo quando concebidos com as melhores intenções; 10. Respeitar e envolver todas as partes: vítimas, infratores e integrantes do sistema de justiça.¹⁹⁴

Em consonância com essas diretrizes, o Conselho Social e Econômico da ONU elaborou a Resolução 2002/12 que trata dos “Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal” e esses princípios são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos.¹⁹⁵ Essa resolução foi editada considerando que tem havido significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo mundo e que ela é capaz de evoluir como uma resposta ao crime na medida em que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração da relação entre vítima, ofensor e comunidade. Essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação,

¹⁹³ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 56.

¹⁹⁴ ZEHR, Howard. *Restorative Justice: The Concept*. Corrections Today, dezembro/1997: 68-70. In: Scuro Neto, Pedro. Modelo de Justiça para o Século XXI. Disponível em <http://www.academia.edu/2365535/Modelo_de_justica_para_o_seculo_XXI>. Acesso em 27 de junho de 2017.

¹⁹⁵ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 79.

se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permitindo aos ofensores compreenderem as causas e as consequências de seu comportamento, além de assumirem responsabilidade de forma efetiva, na mesma medida em que possibilita à sociedade a compreensão das causas subjacentes do crime, para promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade.¹⁹⁶

Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la. São regras mais flexíveis que permitem a adaptação da justiça restaurativa aos contextos nacionais.¹⁹⁷ Essa resolução define que *programa* de justiça restaurativa significa *qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos*.¹⁹⁸ Vale notar que até mesmo a Resolução não traz a definição de justiça restaurativa, mas apenas explica o que seriam “programas de justiça restaurativa”. Quanto ao processo restaurativo, a Resolução adota definição que se aproxima muito daquela proposta por Marshall¹⁹⁹, voltada para a participação das partes para o processo em si:

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 (*sentencing circles*).²⁰⁰

Nota-se que é utilizado o termo “facilitador” ao invés de “mediador”. Isto porque nas conferências e círculos restaurativos não se denomina o terceiro imparcial de mediador, mas de facilitador. A Resolução estabelece que “os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar

¹⁹⁶ JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. *Instituindo Práticas Restaurativas*. Disponível em <<http://www.justica21.org.br/>>. Acesso em 31 de maio de 2017.

¹⁹⁷ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 87-88

¹⁹⁸ JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. *Instituindo Práticas Restaurativas*. Disponível em <<http://www.justica21.org.br/>>. Acesso em 31 de maio de 2017..

¹⁹⁹ Van Ness. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*. In: VON HIRSCH, A; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A; ROACH, K; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 167.

²⁰⁰ Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf> Acesso em 31 de maio de 2017.

o respeito mútuo entre as partes e capacita-las a encontrar a solução cabível entre elas”²⁰¹. Portanto, é conferido destaque ao facilitador como um terceiro imparcial que deve basear-se nos fatos do caso e nas diferentes necessidades das partes, o que pode requerer que, eventualmente, o facilitador tente corrigir certos desequilíbrios existentes.²⁰²

Já o resultado restaurativo é compreendido como o acordo alcançado em um processo restaurativo. Dentre os possíveis resultados restaurativos, o artigo 3º menciona: “respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas, e responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor.”²⁰³ Cabe salientar que o resultado da maioria dos acordos alcançados em processos restaurativos é a reparação da vítima por meio de uma petição de desculpas, reparação econômica ou simbólica ou algum tipo de trabalho em benefício da comunidade, o que demonstra que não há vinculação absoluta entre reparação e ressarcimento econômico pelo dano sofrido – pelo contrário, a reparação assume amplo alcance quando vinculada a processo restaurativo baseado na comunicação entre as partes.²⁰⁴ O diálogo é elemento central do processo e todos têm a oportunidade de falar. Obviamente, os direitos de cada participante não poderão ser suprimidos e o sigilo do que foi discutido deve ser observado.

É importante destacar a recomendação de que vítima e ofensor possam livremente aderir e retirar-se do processo restaurativo a qualquer tempo, o que é observado pela maioria dos programas implementados. Também é imprescindível que os responsáveis pelo encaminhamento dos casos aos procedimentos restaurativos (sejam agências, polícia, Ministério Público, Tribunais, etc.), bem como profissionais da justiça restaurativa, informem as partes de seu direito de optar por participar ou não do programa logo no início do processo. Essa voluntariedade é chamada de “consentimento informado”: em relação à vítima implica que deva haver organizações independentes que a auxiliem e orientem a tomar a decisão de participar ou não de um processo restaurativo; em relação ao ofensor, seu aceite não deve estar vinculado a nenhum efeito muito positivo, como a redução da pena ou uma sanção

²⁰¹ Resolução 2002/12 da ONU – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.

²⁰² PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 89.

²⁰³ Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em < http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf > Acesso em 31 de maio de 2017.

²⁰⁴ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 89-90.

menos severa, mas o que se deve minimizar é o discurso de perdas e ganhos que transforma o processo restaurativo a uma oportunidade de minimizar a resposta penal. Por fim, a voluntariedade também atinge o resultado do processo restaurador: ele deve ser razoável e proporcional – deve haver correspondência entre o encargo assumido pelo ofensor e a seriedade do delito – e não pode ser imposto.²⁰⁵

Com relação ao funcionamento dos programas, a Resolução refere que os Estados devem estabelecer diretrizes e normas, com base legal se necessário, que disciplinem o uso dos programas restaurativos. Estabelece, também, que tais normas devem versar sobre as condições para o envio de casos aos programas; a gestão do caso depois do processo restaurativo; a administração dos programas de justiça restaurativa; as normas de competência e éticas que conduzam o funcionamento dos programas.²⁰⁶

Se flexibilização e informalidade são marcas dos processos e resultados restaurativos e possibilitam que as partes participem e deliberem sobre qual a resposta adequada para cada delito, também é verdade que estas características podem fragilizar os direitos e interesses individuais. Não apenas a atuação das partes pode comprometer os direitos dos ofensores, mas também a administração dos programas, os facilitadores e os agentes do sistema criminal que encaminham os casos à justiça restaurativa podem ser responsáveis por práticas incorretas ou pouco éticas. Diante desses riscos, é imprescindível que sejam inseridos na legislação e também em normas administrativas os limites do processo restaurador os quais viriam reforçar os valores restaurativo.²⁰⁷

Segundo a proposta de classificação de Howard Zehr, são três os modelos distintos que tendem a dominar a prática da justiça restaurativa, mas que podem mesclar-se quando são aplicados. São eles: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os círculos de justiça restaurativa.²⁰⁸ Os encontros vítima-ofensor foram aplicados inicialmente nos anos 1970 nos Estados Unidos e ofereciam às vítimas e infratores a oportunidade de reunir-se com o auxílio de um mediado treinado para falar sobre o crime e chegar a um acordo. Membros da família e da vítima poderão participar, mas com papéis de apoio

²⁰⁵ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 90-92.

²⁰⁶ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 93-94.

²⁰⁷ VAN NESS, *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, 2003, p. 170.

²⁰⁸ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 55.-56.

secundários. Pessoas da comunidade poderão ser envolvidas como facilitadoras ou supervisoras do acordo selado, mas via de regra não participam do encontro.²⁰⁹

As conferências de grupo familiar (*Family group conferences*), por sua vez, surgiram no contexto da promulgação, em 1989 na Nova Zelândia, do *Children, Young Persons, and Their Families Act* (o equivalente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil). A prática foi adaptada da tradição maori para que as famílias dos infratores juvenis fossem envolvidas no processo de solução de conflitos. Numa rara exceção ao princípio da voluntariedade presente nas práticas de Justiça Restaurativa, a referida norma exigia que todos os jovens infratores passassem por essas reuniões. As principais diferenças das conferências de grupos familiares em relação aos encontros vítima-ofensor podem ser notadas na posição do facilitador da prática, que adota posição mais ativa no último caso; o número de participantes dos encontros, que certamente será maior nas conferências, haja vista a participação das famílias e, porventura, da comunidade, juntamente com representantes dos órgãos policiais; e, por último, a maior atenção dada aos encontros preparatórios nos encontros vítima-ofensor.²¹⁰

Existem também os círculos de justiça restaurativa, que compreendem uma série de abordagens circulares, originadas de práticas aborígenes canadenses. Os círculos possuem várias denominações distintas, tais como círculos de construção de paz, círculos restaurativos, processos circulares, círculos de reinserção social, etc., que são utilizadas de acordo com o local e as demandas específicas em cada prática. Sobre as características comuns aos vários tipos de círculos, Zehr afirma²¹¹:

Os círculos ampliam intencionalmente o rol de seus participantes. Vítimas, ofensores, familiares, e às vezes profissionais do judiciário são incluídos, mas os membros da comunidade são partes essenciais. Eles podem ser convidados em função de sua ligação ou interesse em uma infração específica, ou por iniciativa da vítima ou do ofensor. Muitas vezes os membros são partes de um círculo permanente de voluntários da comunidade. Em virtude do envolvimento da comunidade, os diálogos dentro do círculo são em geral mais abrangentes do que em outros modelos de Justiça Restaurativa. Os participantes podem abordar circunstâncias comunitárias que talvez estejam propiciando violações, podem falar do apoio a necessidades de vítimas e ofensores, das responsabilidades que a comunidade possa ter, das normas comunitárias, ou outros assuntos relevantes para a comunidade.

²⁰⁹ ZEHR, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 58.

²¹⁰ VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th. Editon. New Providence: LexisNexis Group, 2010.

²¹¹ ZEHR, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 62.-63.

A sensibilidade dos coordenadores e facilitadores orientará a escolha de cada prática, de acordo com a singularidade apresentada, que também influirá na seleção das pessoas que participarão da atividade. As características do círculo também são adaptadas a cada situação. Pode ser adotado um procedimento com maior ou menor formalidade, com um roteiro de perguntas pré-determinadas, ou, ainda, a adoção do objeto de fala.

A justiça restaurativa pretende atuar nos três campos da ação social envolvidos em um conflito, dando respostas às necessidades da vítima, responsabilizando o ofensor e implicando a comunidade no processo de resolução de conflitos. Analisando a teoria de Paul Mccold e Ted Wachtel, para que uma prática possa ser considerada totalmente restaurativa, ela precisa contemplar essas três dimensões. Se duas das dimensões estiverem atendidas, considera-se a ação na maior parte restaurativa; se apenas uma das dimensões for trabalhada, a prática é considerada parcialmente restaurativa. Mccold e Wachtel afirmam que “o compartilhamento de emoções necessário para atingir os objetivos de todos os que foram diretamente afetados não pode ocorrer através de participação unilateral. O mais restaurativo dos processos requer a participação ativa dos três grupos.”²¹² Sendo assim, quando há a devida atenção para com a vítima, a efetiva responsabilização do ofensor e a adequada implicação da comunidade, a Justiça Restaurativa estará presente em sua plenitude. Estariam nesta posição privilegiada os círculos de Justiça Restaurativa e as conferências de grupo familiar. A figura²¹³ a seguir exemplifica como ocorrem essas interações:

²¹² MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia (10 a 15 Agosto de 2003 - Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_port.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2017.

²¹³ MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia (10 a 15 Agosto de 2003 - Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_port.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2017.

Mccold e Wachtel afirmam que o compartilhamento de emoções necessário para atingir os objetivos de todos os que foram diretamente afetados não pode ocorrer por meio de participação unilateral. O mais restaurativo dos processos requer a participação ativa dos três grupos. Sendo assim, quando há a devida atenção para com a vítima, a efetiva responsabilização do ofensor e a adequada implicação da comunidade, a justiça restaurativa estará presente em sua plenitude. Estariam nessa posição privilegiada os círculos de justiça restaurativa e as conferências de grupo familiar.²¹⁴

Por fim, a Resolução da ONU recomenda que o Estado, em conjunto com a sociedade civil, deverá avaliar os programas de justiça restaurativa para verificar se estes estão produzindo resultados efetivamente restaurativos, se servem como complemento ou alternativa ao processo criminal e se alcançam resultados positivos para as partes, sem desconsiderar a possível necessidade de modificações ao longo do tempo (artigo 22)²¹⁵. Assim, a partir do momento em que os programas de justiça restaurativa passem a fazer parte

²¹⁴ MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia (10 a 15 Agosto de 2003 - Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_port.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2017.

²¹⁵ Resolução 2002/12 da ONU – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.

do sistema de justiça criminal e que as autoridades deste sistema passem a se envolver nos programas de justiça restaurativa, as avaliações tornam-se imprescindíveis, já que “sem regulares e rigorosas avaliações estes programas podem perder sua característica restaurativa diferenciadora e tornarem-se só mais uma moda passageira na história da reforma da justiça criminal”.²¹⁶

2.3 Ampliação do acesso à justiça por meio da justiça restaurativa

Atualmente, são basicamente três os modos de resolução de conflitos interindividuais e sociais: a autotutela, que é o método que se realiza quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca; a autocomposição, quando há despojamento unilateral em favor de outrem na vantagem por este almejada, quer pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, quer pela concessão recíproca por elas efetuada, sendo o conflito solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia; e a heterocomposição, quando o conflito é solucionado mediante a intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original – é neste último modo que se encontra a justiça restaurativa.

Como elucidado no primeiro capítulo, dado que o grande atributo do equilíbrio reflexivo da teoria de Rawls é a possibilidade de reestruturação de princípios escolhidos na posição original que deveriam- mas não fazem – afiançar a igualdade equitativa em um momento posterior à escolha racional de tais princípios, a justiça restaurativa entra como um possível mecanismo para readequar os princípios, por meio do diálogo entre as partes envolvidas, fazendo uso de uma metodologia aberta e adaptável às diferentes situações e realidades, consistindo em uma experiência democrática.

Na esteira de que o acesso ao direito e à justiça é justamente uma das bases desse regime democrático, pode-se afirmar que não há democracia sem o respeito pela garantia dos

²¹⁶ No original: “without regular and rigorous evaluation those programmes may lose their restorative distinctiveness and become just one more fad in the history of criminal justice reform”. Cf. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 34.

direitos do cidadão e estes não existem se o sistema jurídico não for livre e de igual acesso a todas as pessoas, independentemente de classe social, sexo, raça ou religião.

O acesso à justiça possui, portanto, uma dimensão mais ampla que o acesso formal ao Poder Judiciário. Esta dimensão maior da disciplina significa o acesso a uma ordem jurídica justa ou acesso material à justiça. É certo que durante um tempo a preocupação maior era com a possibilidade de se levar uma demanda para análise de um juiz ou tribunal do que propriamente em se possibilitar meios de que a prestação jurisdicional fosse de fato rápida e efetiva. Segundo Kazuo Watanabe:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sem viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de qualquer coisa, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento.²¹⁷

Ainda hoje é presente a crença de que o acesso à justiça implica apenas em possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal. Sabe-se que fácil é a tarefa de se levar um conflito ao Judiciário, sendo que difícil é a obtenção da tutela jurisdicional devida para a situação reclamada. Acessar a ordem justa implica, portanto, em contar com meios adequados (técnica processual) para a solução dos conflitos de interesses, e, assim, obter uma adequada tutela que, tempestivamente, venha a proporcionar o cumprimento do direito material que disciplina a relação jurídica de direito material, que se encontra na base da relação jurídica processual.²¹⁸

Retomando as três “ondas” a que Garth e Cappelletti fazem menção em sua obra, a Justiça Restaurativa surge no contexto das “ondas” de acesso à justiça como reflexo do aprimoramento e desenvolvimento da terceira onda. A metodologia constitui nas classificações internacional, juntamente com outras metodologias, um expediente das chamadas ADRs – *Alternative Dispute Resolution*. A abordagem certamente também será importante em uma virtual onda seguinte (quarta onda), que seria a reforma do ensino jurídico.

²¹⁷ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

²¹⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade)*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 50-51.

Nesse contexto, a justiça restaurativa aparece como outra resposta possível para o delito ao invés do tradicional processo penal: não pretende sobrepor-se ao modelo punitivo, mas trabalhar em conjunto, atendendo a casos que antes pouca ou nenhuma atenção recebiam do sistema de justiça ou, ainda, cuja resposta vinha em forma de punição, sendo contraproducente para vítima e ofensor.²¹⁹ Ao contrário do que se possa imaginar, portanto, o monopólio estatal da administração da justiça não estará ameaçado pela expansão dos meios consensuais de resolução de conflitos. A disseminação de órgãos, métodos e instâncias de julgamento fora e além do judiciário estatal não significa, a rigor, uma terceirização ou privatização da Justiça, mas pode ser vista como uma expansão da própria distribuição da Justiça, em uma releitura do próprio conceito de jurisdição, que hoje se desprende da clássica conotação atrelada à estrutura estatal, para, indo além da aplicação da norma ao fato, alcançar o ideal da justa composição do conflito.²²⁰

O Estado não é o único a receber as demandas dos cidadãos que buscam resolver um conflito. Tanto a criminologia de viés crítico quanto a sociologia já expuseram essa realidade: a primeira, ao revelar a cifra negra de delitos e a segunda ao constatar a existência de meios alternativos e informais de resolução de conflitos nas sociedades contemporâneas. Tendo em vista esta pluralidade, quando não são dirimidos pelas vias formais, os conflitos tendem a ser administrados de forma privada, onde o recurso à violência ilegal, a supressão do oponente, podem ter lugar.²²¹

Dessa forma, por meio dos critérios de derivação de seus programas, a justiça restaurativa pode, além de desenvolver mecanismos de combate ao perigo de extensão da rede de controle penal e evitar que respostas violentas ganhem cada vez mais espaço (sejam elas provenientes de formas privadas de administrar conflitos ou do próprio sistema penal que responde de maneira violenta ao conflito) pode, ao mesmo tempo, aumentar o acesso à justiça. O acesso efetivo à justiça restaurativa possibilita que os cidadãos tenham uma opção concreta à retribuição privada.²²²

Apesar da justiça restaurativa não negar o conceito de delito (criminalização primária) em sua atuação em conjunto com o sistema de justiça criminal, ela assume grande importância

²¹⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 145.

²²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 242.

²²¹ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 145.

²²² PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 146.

ao colocar ênfase diversa à do sistema penal tradicional na reação ao delito, atuando na esfera da criminalização secundária. A desjudicialização do acesso à justiça pelo uso de práticas restaurativas proporciona

Um acesso livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços aos “ricos” e penalizar os “pobres” e, ainda, a informalização possibilita um abatimento do nível de estigmatização e coerção inerentes à justiça formal.²²³

Convergindo com essas ideias, o estudo feito pelo *Smith Institute* da Inglaterra sobre a justiça restaurativa em diversos países (Reino Unido, Estados Unidos, Austrália, etc.), constatou que a mesma é capaz de trazer mais crimes à justiça, atuando de forma a ampliar o acesso à justiça ao proporcionar uma forma diferente de lidar com o delito. Segundo o estudo, a maior barreira é a relutância da vítima e das testemunhas, que temem retaliações, bem como a falta de tempo destas para se envolverem nas formalidades legais. Concorre, igualmente, a descrença ou o medo no/do sistema, contribuindo para que um grande número de crimes não seja resolvido, integrando a cifra negra da criminalidade.²²⁴ De fato, conferir maior estava à justiça restaurativa significa

Encorajar mais pessoas a participar num processo que seria mais previsível e conveniente que ir para o Tribunal. Se os ofensores aceitarem a responsabilidade em maior escala porque eles se familiarizam com o processo de justiça restaurativa, isto também colaboraria a solucionar mais crimes. A evidência que a justiça restaurativa pode melhorar a confiança na justiça é significativa (...). Essa confiança traduzir-se-ia em colocar mais crimes nas mãos da justiça, porque essas mãos seriam vistas como úteis e não danosas.²²⁵

A mudança de paradigma criminal proposta pela justiça restaurativa, bem como a adoção de suas ferramentas de resolução de conflitos baseadas essencialmente na consensualidade, no entendimento e no diálogo, que ao mesmo tempo responsabilizam e acolhem os envolvidos na infração, pode ser enxergada como um movimento em busca do significado ampliado de acesso à justiça: o acesso a uma ordem jurídica justa. Isto é verdade porque a justiça restaurativa busca desenvolver para comunidade, de certa maneira, o poder

²²³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 154-155.

²²⁴ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 151-152.

²²⁵ SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. London: The Smith Institute, 2007. Disponível em < http://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf > Acesso em 19 de julho de 2017, p. 78. No original: “encourage more people to come forward to participate in a process that would be predictable and convenient than going to court. If offenders themselves accept responsibility at a higher rate because they become more familiar with the RJ process, that would also help solve more crimes. The evidence that RJ can improve trust in justice is substantial (...) That trust could be translated into putting more crimes in the arms of justice, because those arms would be seen as helpful rather than harmful.” *Apud*: PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 152.

das pessoas resolverem os seus próprios conflitos. Por ora, afirma-se que a justiça restaurativa não servirá a todo e qualquer conflito. Contudo, ela pode trazer respostas mais abrangentes em espaços certos e especiais para determinados tipos de situações conflituosas e possibilitar o acesso formal e material à justiça.

Assim, em uma tentativa de buscar alternativas que facilitem o acesso à justiça, efetivando o exercício da cidadania, a justiça restaurativa é tanto concepção como método, e nasceu para humanizar e conter um processo criminalizante e punitivo cada vez mais crescente, onde não há lugar para os protagonistas do conflito, desviados das suas faces humanas e das suas responsabilidades para com o todo. Nesse sentido, a justiça restaurativa parece ir além do estado de paz anterior ao conflito para reconstruir a concepção ampliada de justiça, para fazer valer o contexto significativo da inclusão social como ele indissociável e para enfatizar o valor da responsabilidade como padrão ético individual e coletivo insubstituível.

3 O CONTEXTO BRASILEIRO

No século XXI, é impossível não reconhecer que os meios consensuais de resolução de conflitos alçaram a condição de instrumentos de fortalecimento e melhoria da realização da justiça, uma vez que, além de viabilizarem o acesso à justiça, também complementam o papel do sistema jurisdicional. Por representarem um efetivo ganho qualitativo na solução e administração de conflitos, os programas e sistemas complementares à solução adjudicada devem ser objeto de criterioso monitoramento e acurada avaliação, a fim de que as boas práticas sejam fomentadas e difundidas.

De fato, os meios consensuais no Brasil ainda não são considerados a via preferencial de resolução de conflitos e a litigiosidade judicial no país é expressiva. Para enfrentar a realidade ora mostrada, é imprescindível que as formas consensuais e complementares para solução e resolução de conflitos assumam novo papel para que seja possível ao jurisdicionado o acesso formal e material à justiça. Nesse contexto, a justiça restaurativa apresenta-se como um modelo que tem a qualidade de poder ser aplicado, a princípio, tanto dentro da estrutura do Poder Judiciário quanto fora dela.

Tendo por base a teoria de John Rawls, como já exposto no capítulo 1, na medida em que o grande atributo do equilíbrio reflexivo na teoria rawlsiana é a possibilidade de reestruturação de princípios escolhidos na posição original que deveriam – mas não fazem – afiançar a igualdade equitativa em um momento posterior à escolha racional de tais princípios, a justiça restaurativa entra como mecanismo para tornar essa readequação possível, por meio do diálogo das partes envolvidas, utilizando uma metodologia aberta e adaptável às diversas situações, consistindo em uma experiência democrática.

Justamente por funcionar como um mecanismo para restabelecer relações em uma sociedade pluralista, garantindo a cooperação social daqueles afetados pelo delito (vítima, ofensor e comunidade), é que a justiça restaurativa pode servir para ampliar o acesso à justiça formal e material, como ficou demonstrado no capítulo 2.

O terceiro capítulo tem por objetivo demonstrar como a justiça restaurativa vem sendo aplicada no Brasil e qual seu impacto na efetivação e ampliação do acesso à justiça no país. Para isso, foram explicados o funcionamento dos programas de justiça restaurativa

desenvolvidos no Rio Grande do Sul, em Brasília, em São Paulo e no Maranhão. Embora o país conte com mais programas e projetos de justiça restaurativa, a escolha desses se deu pelo fato de serem os programas mais antigos e com resultados consolidados. Antes, porém, fez-se necessária análise do atual cenário de acesso à justiça em território nacional e para isso foram utilizados dados das pesquisas “Justiça em Números 2016” realizada pelo Conselho Nacional de Justiça; “Relatório CIJ Brasil 1º semestre 2016” realizado pela Fundação Getúlio Vargas e “100 maiores litigantes”, também realizado pelo CNJ.

3.1 O acesso à justiça no Brasil

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição Federal de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte redação do inciso XXXV do artigo 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Para a efetivação e garantia, a Constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu a assistência jurídica pré-processual. Ambas consideradas dever do Estado, este agora fica obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, cercada de muitas garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5º, inc. LXXIV, c/c art. 134, § 2º, red. EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004).²²⁶

Esse mandamento constitucional implica a possibilidade de que todos, sem distinção, possam recorrer à justiça, e tem como consequência atuar no sentido de construir uma sociedade mais igualitária e republicana. Como consta no texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos. Ainda que do ponto de vista da legalidade, desde 1988, um amplo rol de direitos esteja reconhecido, dificilmente se poderia dizer que a vivência de direitos seja minimamente igualitária ou compartilhada por todos. Ao contrário, transcorridas quase três décadas da vigência da Constituição de 1988, são, ainda hoje, significativas as barreiras e as

²²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87-88.

dificuldades para a realização dos direitos e, em decorrência, há obstáculos na construção da cidadania.²²⁷

Pesquisas comparativas internacionais mostram que sociedades marcadas por elevados índices de desigualdade econômica e social apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população sejam caracterizadas pelo desconhecimento de direitos. Essa característica compromete a universalização do acesso à justiça, afastando da porta de entrada todos aqueles que sequer possuem informações sobre direitos.²²⁸ Uma pesquisa realizada pelo professor Rodolfo Hoffmann, especialista em distribuição de renda do Departamento de Economia, Administração e Sociologia (LES) da Escola de Agricultura Luiz de Queiroz (Esalq) da USP, aponta que o índice de Gini (usado como medidor da desigualdade em todo o mundo e titulado em homenagem a seu criador Corrado Gini) tem crescido durante os últimos anos no Brasil. O índice atribui um valor entre zero e um à desigualdade, sendo que quanto menor o número, maior a igualdade. No primeiro trimestre de 2016, o Brasil recebeu 0,550; no último trimestre de 2013, o valor mais baixo foi registrado: 0,526.²²⁹ O “Relatório da Distribuição Pessoal de Renda e da Riqueza da População Brasileira” (utiliza dados do IRPF 2015/2014, realizado pela Secretaria de Política Econômica) concluiu que em média, o 1% mais rico acumula 14% da renda declarada no IRPF e 15% de toda a riqueza.²³⁰

A desigualdade de renda combinada com graves deficiências nos resultados de políticas públicas visando à garantia de direitos sociais gera uma estrutura social baseada em desigualdades cumulativas. Assim, as assimetrias de renda se reproduzem e impulsionam as diferenças nos graus de escolaridade, no acesso e qualidade de moradia e na saúde, enfim, em padrões de bem-estar social. A escolaridade desempenha um papel fundamental, tanto como fator que opera no sentido da diminuição das desigualdades sociais, quanto como motor para o conhecimento de direitos e como pleiteá-los. Dados do IBGE de 2015 indicam que 8%

²²⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo. N 101. Março/ Abril/ Maio 2014. P. 57.

²²⁸ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo. N 101. Março/ Abril/ Maio 2014, p. 58.

²²⁹ MATIOLI, Victor. Pesquisador alerta para o aumento da desigualdade no Brasil. *Jornal da USP*. Disponível em < <http://jornal.usp.br/atualidades/pesquisador-alerta-para-o-aumento-da-desigualdade-no-brasil/> > Acesso em 25 de julho de 2017.

²³⁰ SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA. Relatório da Distribuição Pessoal de Renda e da Riqueza da População Brasileira. 2015/2014. Disponível em < <http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf> > Acesso em 25 de julho de 2017. P. 18.

(cerca de 13 milhões de pessoas) da população com 15 anos ou mais é analfabeta.²³¹ Mesmo reconhecendo que a situação socioeconômica atual é melhor do que no passado, trata-se de um estado de coisas pouco favorável à extensão real dos direitos e das possibilidades de reclamá-los quando desrespeitados. Para a composição das dificuldades atinentes à primeira onda descrita por Garth e Cappelletti, focada no acesso dos mais pobres à justiça, devem ser adicionados traços culturais e históricos relacionados ao desempenho das instituições do sistema de justiça.²³²

O fato de, no Brasil, diferentemente do que se passou nas democracias europeias, terem sido primeiro adotados os direitos sociais dificultaria a apreensão e a expansão real dos direitos civis e políticos. O conteúdo da noção tanto de igualdade civil como de igualdade política seria esvaziado, uma vez que não foram incorporados os preceitos relativos à liberdade individual, base dos direitos civis. Além disso, os direitos foram outorgados pelo Estado e não conquistados pela população. Essas peculiaridades provocariam uma “falha cultural”, dificultando a assimilação dos valores da igualdade no cotidiano. Tal “falha cultural” se manifesta em percepções equivocadas de privilégios e distinções, exemplificadas na descrença da supremacia da lei ou na convicção de que a lei e a justiça garantem a impunidade de ricos, políticos e poderosos. Essa diferenciação entre os indivíduos – de um lado, os poucos que tudo podem e, de outro, todos os demais – faz transparecer a ausência da cidadania, já que cidadania implica igualdade, não admissão de distinções e privilégios, impessoalidade e usufruto igualitário de direitos.²³³

Quando se examina, contudo, a “porta de entrada” tendo por foco o número de processos no Poder Judiciário, a primeira impressão que se tem é que se está diante de uma enorme contradição. De fato, de acordo com o “Relatório Justiça em Números – 2016” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015 estava em tramitação um total de mais de 102 milhões processos.²³⁴ Em termos estatísticos, isso representaria um processo para cada dois habitantes. A quantidade de processos apresenta, desde 1988, um crescimento muito superior ao da população. A tendência ao acréscimo no número de ações e o seu

²³¹ IBGE. Brasil em Síntese. Disponível em < <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html> > Acesso em 25 de julho de 2017.

²³² SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo. N 101. Março/ Abril/ Maio 2014, p. 58-59.

²³³ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 59.

²³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

volume denotam um excepcional grau de litigiosidade, sem paralelo nas democracias ocidentais.²³⁵

Caso a média de um processo para cada dois habitantes retratasse, de fato, a realidade, o cenário chamaria a atenção pelo elevado e generalizado grau de conflito imperante na sociedade. Entretanto, o exame da autoria dos processos coloca em xeque a primeira impressão, indicando quão enganosa pode ser uma média, mostrando significativa concentração da demanda por respostas judiciais em alguns poucos litigantes²³⁶. Com efeito, os mais frequentes usuários do Judiciário são: INSS, a Caixa Econômica Federal, a Fazenda Nacional, a União, os bancos, as empresas de telefonia, os municípios. O setor público é responsável por 51% das demandas judiciais em tramitação no país.²³⁷

Resulta desse quadro um grave desequilíbrio, caracterizado pela distinção entre, de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais são seus direitos e sabem como demandá-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos. O ingresso no Poder Judiciário contribuiria, dessa forma – por contraditório que possa parecer –, para acentuar as distâncias de natureza social e econômica, atuando como mais um elemento dentre os propulsores da situação qualificada como de desigualdades cumulativas. Nesse cenário, o número superlativo de ações que ingressam na justiça não indica a existência de uma difundida busca por direitos. Não se trata de um transpassar pelas ondas de acesso à justiça. Ao contrário, constitui evidência de situações perniciosas, tanto no que se refere à deturpação das atribuições do Poder Judiciário, quanto no aumento das dificuldades de democratização do direito de acesso à justiça.²³⁸

O Judiciário acaba por se transformar em órgão estatal responsável pela solução de litígios, sobretudo do setor público federal, estadual e municipal, dos bancos, das empresas prestadoras de serviços. Sobra pouco espaço para a instituição cumprir suas atribuições constitucionais relacionadas à garantia dos direitos e à composição dos conflitos de interesses. Ademais, a demanda por direitos, longe de ser universal, provém de setores privilegiados da sociedade. Em consequência, dado o volume de processos e o perfil dos que postulam

²³⁵ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 59.

²³⁶ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 59-60.

²³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes. Disponível em < http://niajajuris.org.br/images/documentos/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf > Acesso em 07 de agosto de 2017.

²³⁸ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 60.

judicialmente, a instituição sofre de inchaço, cuja dilatação, além de dificultar sua atuação, contribui para a construção de uma imagem negativa junto à população.²³⁹

Segundo o relatório ICJ Brasil 2016, realizado pela Fundação Getúlio Vargas Cerca de um terço dos brasileiros afirmou confiar no Poder Judiciário, número ligeiramente abaixo à confiança nas Emissoras de TV (33%) e um pouco superior à confiança na Polícia (25%). Tal percentual encontra-se bastante abaixo de outras instituições como a Igreja Católica (57%) e as Forças Armadas (59%). Os brasileiros também confiam mais na Imprensa Escrita, Ministério Público e Grandes Empresas, do que no Judiciário. Todavia, atrás do Poder Judiciário está a confiança nas esferas representativas, sendo que apenas 11% dos entrevistados confiam na Presidência da República, 10% no Congresso Nacional e 7% nos Partidos Políticos. As redes sociais e os sindicatos também são considerados menos confiáveis do que o Poder Judiciário.²⁴⁰

Em outras palavras, a porta de entrada atrai um tipo de litigante e desencoraja ou se fecha para uma grande massa de indivíduos incapazes de manejar instrumentos de efetivação de seus direitos, produzindo um paradoxo: demandas demais e demandas de menos. Nesse sentido, a porta de entrada não se configura como possibilidade de inclusão e de construção da cidadania.²⁴¹

O descomunal número de processos que ingressa através da porta de entrada do Poder Judiciário encontra meandros que tornam distante o vislumbre da porta de saída. A já citada pesquisa elaborada pelo CNJ indica que, em 2015, a taxa de congestionamento – o percentual de processos não julgados quando comparados aos entrados – foi de 72,2%.²⁴² Essa alta proporção de demandas sem respostas, com um tempo médio para julgamento de dez anos, provoca um leque de reações que vão desde propostas de alterações legislativas até a erosão do grau de confiança na justiça.²⁴³

Em relação aos caminhos posteriores à entrada no judiciário e, consequentemente, a saída, vale mencionar a norma constitucional da “duração razoável do processo”. Entre as principais alterações introduzidas por essa legislação, no que diz respeito ao funcionamento

²³⁹ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 60.

²⁴⁰ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJ Brasil 1º semestre 2016. Disponível em < <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

²⁴¹ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 60.

²⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016.

²⁴³ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 61.

da justiça, destacam-se as seguintes²⁴⁴: (a) razoável duração do processo; (b) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; (c) funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; (d) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e (e) criação do Conselho Nacional de Justiça.²⁴⁵

Essas alterações introduzidas na sistemática de funcionamento do sistema judicial brasileiro têm como finalidade não apenas viabilizar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a qual se caracteriza pelo direito à informação; pelo direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; pelo direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; pelo direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e pelo direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.²⁴⁶

A EC n. 45/2004, portanto, introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito adotada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa. É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da

²⁴⁴ É importante destacar que a Emenda Constitucional 45 introduz alterações muito mais amplas do que as cinco destacadas. No entanto, elas foram escolhidas para análise na medida em que interferem diretamente na estrutura organizacional da justiça, procurando dotá-la, por um lado, de maior capacidade operacional e, por outro, de maior controle institucional sobre seus próprios atos.

²⁴⁵ RIBEIRO, Ludimila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV*, n. 8, Jul – Dez p. 465-492, São Paulo, 2008. P. 469-470. Disponível em < <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-8> > Acesso em 29 de julho de 2017.

²⁴⁶ RIBEIRO, Ludimila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV*, n. 8, Jul – Dez p. 465-492, São Paulo, 2008. P. 470. Disponível em < <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-8> > Acesso em 29 de julho de 2017.

pessoa, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.²⁴⁷

Assim, a Constituição conferiu significado especial ao princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III, da CF/88). Na acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.²⁴⁸

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais.²⁴⁹

O direito à razoável duração do processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica. O assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça..²⁵⁰

Sobre a lentidão na obtenção de respostas judiciais, de forma resumida, as causas que aparecem, dentre outras são: a legislação, o número de recursos, o formalismo, o tratamento dado às demandas individuais repetitivas, o número de juízes, a infraestrutura, o gerenciamento, o orçamento, etc. Os defensores de alterações na legislação relativa ao número de recursos apontam que, na situação atual, um processo comum pode ser apreciado em quatro graus de jurisdição (primeiro grau, tribunal local, tribunais superiores e Supremo

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545.

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545.

²⁴⁹ MENDES, COELHO, BRANCO, *Curso de Direito Constitucional... cit.*, p. 546.

²⁵⁰ MENDES, COELHO, BRANCO, *Curso de Direito Constitucional... cit.*, p. 546.

Tribunal Federal) até que se obtenha a decisão final, passível de ser executada. O diagnóstico e a proposta de redução nas possibilidades de recurso se apoiam em dados comparativos internacionais, evidenciando que o Brasil é o único país do mundo democrático em que um processo pode percorrer tão longo trajeto. Entre as 56 Supremas Cortes representadas na Comissão de Veneza, apenas no Brasil um processo individual tem tão ampla possibilidade. Ademais, é alegado que mesmo a Declaração Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, alude à necessidade de revisão das decisões por uma instância superior.²⁵¹

Muitos analistas sublinham que o acúmulo de processos nos tribunais e a consequente lentidão encontram suas principais raízes na baixa utilização de instrumentos de unificação de jurisprudência e na diminuta propensão de lidar com a litigância de massa. Trata-se, nessa interpretação, de acentuar uma irracionalidade no interior do sistema, uma vez que demandas idênticas são apreciadas como ações individuais e não como litígio de natureza coletiva. Esse procedimento leva ao aumento no número de demandas repetitivas, além de contribuir para a insegurança jurídica, com a distribuição dessas ações em diferentes varas, possibilitando distintos entendimentos na apreciação do mérito.²⁵²

O número insuficiente de juízes, de servidores além de aspectos relacionados à infraestrutura, também é evocado dentre as explicações para a lentidão do Judiciário. De acordo com o “Relatório Justiça em Números – 2016”, o Poder Judiciário contava, em 2015, com um corpo de 17.077 magistrados, correspondendo a 7,91 juízes para cada 100 mil habitantes, e com 205 servidores para cada 100 mil habitantes. Considera-se que o atual corpo de magistrados não seria adequado ao exponencial volume de demandas. Esse argumento tem por base a proporção resultante do número de processos em relação ao número de juízes (quase 6 mil processos por juiz). Em 2015, cada juiz na primeira instância julgou 1.760 processos, uma média de quatro processos por dia, incluindo finais de semana e feriados. Tal carga de trabalho inviabilizariam respostas em um intervalo de tempo razoável.²⁵³

Acrescente-se, a esses diagnósticos centrados em questões diretamente relacionadas ao Judiciário e aos operadores do direito, aspectos mais gerais, como o fato de o país não ter incorporado, nem na mesma extensão nem em igual grau de institucionalização, os meios alternativos de resolução de conflitos, como o fizeram países vizinhos, como a Argentina e o

²⁵¹ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 61.

²⁵² SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 61.

²⁵³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016*.

Chile. Essa circunstância provocaria uma maior busca por soluções judiciais em detrimento das extrajudiciais.²⁵⁴

Do ponto de vista da credibilidade da justiça, independentemente do peso relativo e da avaliação que se faça sobre cada uma dessas causas, são inegáveis os efeitos perniciosos provocados pelos meandros a serem percorridos e das etapas a serem ultrapassadas até que se chegue à porta de saída. A lentidão acaba por minar a confiança no Poder Judiciário e por provocar impactos que extrapolam o âmbito individual, atingindo a sociedade como um todo. Na esfera econômica, por exemplo, o grau de litígio e o tempo até uma solução judicial afetam as empresas, o ambiente de negócios, o governo e o ritmo de desenvolvimento do país. Para o cidadão comum, os reflexos da morosidade são nocivos, corroendo a crença na prevalência na lei e na instituição encarregada da sua aplicação. Repete-se, com frequência, que a lei não vale igualmente para todos e que os processos permanecem por um longo tempo nos escaninhos do Judiciário, afetando indivíduos, famílias, grupos. Desde questões de natureza familiar até eventos abomináveis aguardam por anos e, às vezes, por décadas uma solução.²⁵⁵

O elevado número de processos leva a conjecturar que talvez seja mais problemático sair da Justiça do que entrar nela. A questão judiciária no Brasil revela-se multifacetada e polifórmica, com várias concausas interagindo, e esse largo espectro, que porventura não vendo sendo tomado em sua integral complexidade, deve estar à base da pouca eficiência das medidas até hoje encetadas, com ênfase no manejo quantitativo da crise numérica dos processos. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.²⁵⁶

Não se poderia deixar de mencionar a Defensoria Pública e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A constitucionalização da Defensoria Pública em 1988 e sua autonomia funcional, administrativa e financeira, garantidas a partir da Emenda Constitucional n. 45, em

²⁵⁴ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 62.

²⁵⁵ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 62.

²⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA (org.). Acesso à Justiça I. SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete (coords.). Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível in < <http://docplayer.com.br/48219195-Xxiv-congresso-nacional-do-conpedi-ufmg-fumec-dom-helder-camara.html> > Acesso em 08 de agosto de 2017.

2004, representam um importante contraponto a essas dificuldades de natureza econômica. À instituição cabe a assistência judicial e extrajudicial aos hipossuficientes. Já o CNJ ao definir metas e realizar mutirões para o julgamento de processos também tem sido importante instrumento para enfrentar a morosidade processual.²⁵⁷

Segundo a redação dada pela EC 45 ao § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, compete ao Conselho Nacional de Justiça a realização das seguintes atividades: (a) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; (b) zelar pela observância do art. 37 da CF/88; (c) reconhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (d) representar ao Ministério Público no caso de crime contra a Administração Pública ou abuso de autoridade; (e) rever, de ofício ou mediante provocação, processos disciplinares de membros do Judiciário julgados a menos de um ano; (f) elaborar relatórios semestrais acerca de estatísticas sobre processos e sentenças prolatadas nos mais diferentes órgãos do Judiciário do país; e (g) elaborar relatórios anuais propondo providências que julgar necessárias à melhoria da situação e das atividades do Poder Judiciário.²⁵⁸

3.2 A justiça restaurativa no Brasil

A justiça restaurativa é aplicada em diversos países do mundo. No entanto, é necessário ter uma visão crítica no momento de seu transporte para a realidade nacional, pois a sociedade brasileira possui características próprias. Deve-se, portanto, adequar essa forma de justiça aos meios e formas nacionais, pois caso não se atente a esses elementos, tende-se à criação de um sistema bonito no papel e de aplicação nula.²⁵⁹

²⁵⁷ SADEK, *Acesso à justiça... cit.*, p. 63-64.

²⁵⁸ RIBEIRO, Ludimila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV*, n. 8, Jul – Dez p. 465-492, São Paulo, 2008, p. 480.

²⁵⁹ BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012, p. 161.

Em relação à compatibilidade, vale dizer que o modelo restaurativo é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese ainda vigorar, em nosso direito processual penal, o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. Tal princípio, contudo, se flexibilizou com a possibilidade da suspensão condicional do processo e a transação penal, com a Lei 9.099/95. Também nas infrações cometidas por adolescentes, com o instituto da remissão, há considerável discricionariedade do órgão do Ministério Público.²⁶⁰

Nos países do sistema *common law*, o sistema é mais receptivo à alternativa restaurativa (*restorative diversion*), principalmente pela chamada discricionariedade do promotor e da disponibilidade da ação penal (*prosecutorial discretion*), segundo o princípio da oportunidade. Naquele sistema há, então, grande abertura para o encaminhamento de casos a programas alternativos mais autônomos, ao contrário do nosso, que é mais restritivo. Mas com as inovações da Constituição de 1988 e o advento, principalmente, da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico do Brasil, ao princípio da oportunidade, permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo em nosso país, mesmo sem mudança legislativa.²⁶¹ A Constituição prevê, no art. 98, I²⁶², a possibilidade de conciliação em procedimento oral e sumaríssimo, de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Contudo, o procedimento restaurativo não é, pelo menos por enquanto, expressamente previsto na lei como um devido processo legal no sentido formal. Em 2005 foi encaminhada pelo Instituto de Direito Comparado a sugestão nº 99/2005 à Comissão de Legislação Participativa. No ano seguinte, tal proposição foi aprovada e transformada no Projeto de Lei

²⁶⁰ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/ DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 29. Disponível em < <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf> > Acesso em 08 de agosto de 2017.

²⁶¹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/ DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 29.

²⁶² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

nº 7006/2006, que propõe sejam acrescentados dispositivos nos Códigos Penal e Processual Penal e na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995).²⁶³

O primeiro problema do projeto aparece logo em seu artigo 1º, uma vez que ele estabelece que a pretensão da lei é regular “o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”.²⁶⁴ O termo “facultativo” parece ser problemático se somado ao fato de que o artigo não refere a quais contravenções ou quais crimes a justiça restaurativa pode ser aplicada. Ao não fazer esta referência, cria-se o risco de que sejam encaminhados à justiça restaurativa apenas casos de “bagatela”.²⁶⁵ Assim, apesar do critério da quantidade de pena não ser ideal para que o caso seja encaminhado à justiça restaurativa, já que experiências têm apontado que importam mais as condições e disposição das partes em participar do que propriamente a gravidade do delito cometido, afirma Sica que “não há como fugir da quantidade de pena como um critério inicial, o qual, no entanto, deve servir como marco legal de referência a ser balizado conforme outros critérios.”²⁶⁶ Portanto, há ainda que refletir sobre o critério que deva ser utilizado – o bem jurídico violado ou a quantidade de pena cominada – sempre levando em consideração que, por um lado, a ausência de disposição (que especifique quais casos são passíveis de encaminhamento) pode limitar o envio de casos à justiça restaurativa (em razão da cultura jurídica conservadora) e que, por outro, a delimitação pode estreitar a possibilidade do emprego da justiça restaurativa em delitos mais graves, por exemplo.²⁶⁷

O artigo 6º do projeto de lei prevê que o núcleo restaurativo seja composto “por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada”. O mesmo artigo refere que a coordenação técnica deverá ser interdisciplinar (com profissionais da área da psicologia e serviço social), com competência para “promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos” (§2º). Os facilitadores devem ser especialmente capacitados para a função e pertencer, preferencialmente, às áreas de psicologia e serviço social, sendo que a eles competirá preparar e conduzir o procedimento

²⁶³ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 179.

²⁶⁴ PROJETO DE LEI 7006/06. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=397016&f > Acesso em 31 de julho de 2017.

²⁶⁵ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 179.

²⁶⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, P. 235.

²⁶⁷ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 181.

restaurativo (§3º). O que parece faltar nesse artigo é o incentivo para que também sejam capacitados mediadores provenientes da comunidade, condição aconselhável para aproximar a justiça restaurativa da sociedade e evitar que esta seja percebida como mais um serviço pertencente apenas à estrutura judiciária, onde a participação do cidadão é pequena.²⁶⁸

Com relação ao encaminhamento do caso ao núcleo de justiça restaurativa, a lei dispõe, no artigo 4º: “Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa”. Este artigo contém dois problemas: a) condicionar o encaminhamento do caso à anuência do Ministério Público, mesmo tendo o juiz decidido fazê-lo – este duplo consentimento sem dúvida significará uma barreira difícil de transpor, frente ao conhecido e preponderante viés punitivo do órgão ministerial; b) há de ter certo cuidado quanto à utilização da documentação proveniente do processo penal e do inquérito, para que esta não seja utilizada para tornar o processo restaurativo um lugar de reprodução do processo penal, onde o ofensor será acusado e deverá confessar a culpa.²⁶⁹

Os artigos 8º e 9º referem que “o procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos”, e que os princípios a ser observados são os “da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa fé”. Aqui, volta-se a alertar para o provável risco de que juízes entendam tais princípios em termos estritamente jurídicos, o que tenderia a desencadear a não homologação do acordo em razão de considerarem-no insuficiente ou desproporcionadamente brando. Por isso, é necessário que se construam, ao menos doutrinariamente, limites superiores aos acordos, preservando-se considerável margem às partes para que decidam o teor da reparação, a fim de evitar a anulação da autonomia das mesmas.²⁷⁰

Neste dispositivo tem-se que “o princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes” (§ único). Vale observar que a confidencialidade é vista somente como forma de proteger a intimidade das partes, mas não é mencionado que é igualmente importante para evitar que fatos que tenham sido abordados nos encontros

²⁶⁸ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 182.

²⁶⁹ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 182-183.

²⁷⁰ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 183-184.

restaurativos possam prejudicar o ofensor em um eventual retorno ao processo penal, chegando ao conhecimento do juiz da causa ou do órgão de acusação. Introduzir na lei a determinação de que o que foi dito no processo restaurativo não pode ser utilizado para piorar a situação do ofensor, que deve permanecer sob a proteção da presunção de inocência num possível processo penal futuro, é relevante para reafirmar a independência do procedimento restaurativo em relação à lógica e à dinâmica do sistema de justiça criminal e garantir os direitos do ofensor.²⁷¹

Os artigos 11 e 12 do projeto prevêem modificações nos artigos 107 e 117 do Código Penal. No art. 107 é acrescentado o inciso X, que prevê a extinção da punibilidade “pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo”. Há a preocupação, portanto, em evitar o bis in idem com a previsão de extinção da punibilidade assim que o acordo for cumprido. Todavia, não há disposto na lei quais os delitos que, uma vez cumpridos os acordos, a punibilidade seria extinta, o que deixa grande margem de discricionariedade ao julgador para decidir pela aplicação ou não de tal dispositivo frente ao caso concreto. Já no art. 117 do Código Penal é acrescentada mais uma causa de interrupção da prescrição: “VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento”.²⁷²

Os artigos seguintes do projeto preveem algumas mudanças no Código de Processo Penal. O artigo 13 prevê o acréscimo de um parágrafo no artigo 10 do referido Código. Tal artigo trata do inquérito e do relatório, que deve ser encaminhado ao juiz competente: “§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.” A questão desse dispositivo está no fato de que se a prática adotada pelas autoridades policiais for a de desaconselhar o uso de práticas restaurativas, o problema estará criado e haverá o risco de o juiz sequer considerar o envio. Assim, deve-se orientar a autoridade policial a apenas sugerir o envio, caso entenda pertinente, mas evitar a prática de justificar o não encaminhamento, pois esta tarefa deverá ser da competência do magistrado.²⁷³

Também há proposta a modificação do artigo 24 do Código de Processo Penal (que dispõe sobre o oferecimento da denúncia nas ações públicas), com introdução dos parágrafos (art. 14):

²⁷¹ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 184.

²⁷² PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 184.

²⁷³ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 184-185.

§3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§4º - Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Apesar das críticas levantadas quanto à dupla anuência e a falta de exigência de fundamentação quanto ao não envio do caso, deve-se apontar a positiva exigência de adesão voluntária das partes ao processo restaurativo e a possibilidade de encaminhamento ainda na fase do inquérito, ou seja, antes da existência de ação penal.²⁷⁴

A possibilidade de suspensão do processo decretada pelo juiz é introduzida pelo artigo 93 A, também do Código de Processo Penal (art. 15 do projeto de lei); todavia, é igualmente vista como uma faculdade do magistrado: “o curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas”. É positiva a preocupação de possibilitar o uso de práticas restaurativas durante o processo penal. Esse disposto possibilita que, nos casos em que o Ministério Público opte por apresentar denúncia, o juiz possa determinar a suspensão do processo até que se alcance um resultado por vias restaurativas.²⁷⁵

O artigo 16 do projeto dispõe sobre a introdução no Código de Processo Penal do Capítulo VIII, que trata sobre o processo restaurativo. Assim, o novo art. 556 do CPP:

Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Neste artigo encontram-se os requisitos para que se possa enviar o caso à justiça restaurativa. Não há dúvidas que este artigo falha em condicionar a decisão do encaminhamento do caso à justiça restaurativa à personalidade e aos antecedentes do ofensor, bem como às circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal. Tal disposição consistirá em barreira praticamente intransponível aos ofensores reincidentes e que tenham cometido delitos com emprego de violência. Nota-se, também, que tais requisitos reproduzem a lógica punitiva do processo penal e perpetuam um direito penal do autor, sendo, portanto, imprescindível suprimi-los.²⁷⁶

²⁷⁴ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 186.

²⁷⁵ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 186.

²⁷⁶ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 186.

Para que o caso seja encaminhado ao núcleo de justiça restaurativa é necessário apenas a constatação de um suporte mínimo de provas, quais sejam: que indiquem a autoria e a materialidade delitiva, visando o não encaminhamento de casos que não configurem delito; o reconhecimento do fato pelo ofensor; a voluntariedade das partes em participar. A avaliação mais detalhada sobre a possibilidade das partes em participar. A avaliação mais detalhada sobre a possibilidade de utilização do processo restaurativo para o caso concreto deverá ser procedida pelo núcleo restaurativo e não pelo sistema de justiça criminal.²⁷⁷

O novo artigo 560 do Código de Processo Penal possui importante determinação quanto aos casos em que houver desistência ou descumprimento do acordo:

Enquanto não foi homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

A disposição desse artigo é de extrema importância, pois estipula que o insucesso do processo restaurativo será apenas motivo de retomada do curso do processo penal, não podendo ser levado em consideração pelo juiz para agravar a pena do réu ou considerar que houve confissão do fato. Há que se ter cuidado quanto ao retorno precoce do caso ao processo penal – em caso de descumprimento é aconselhável que o núcleo restaurativo procure saber os motivos do incumprimento e analise a possibilidade de conceder nova possibilidade para que ele seja cumprido. Dessa forma, evita-se um desnecessário retorno do caso ao processo penal.²⁷⁸

O último artigo acrescentado ao Código de Processo Penal dispõe:

Art. 52 – O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo único – Poderá o juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Este artigo, no caput, acerta em dispor que o acordo “deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final”, evitando que apenas venha a se somar à pena aplicada. Todavia, ainda falam disposições sobre como recepcionar os acordos conforme o delito – seja pelo critério do bem jurídico violado, seja pelo critério da quantidade de pena.²⁷⁹

²⁷⁷ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 186-187.

²⁷⁸ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 187.

²⁷⁹ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 188.

Por fim, a lei dos juizados especiais também passa por alterações, dente elas a redação dos artigos 62, 69 e 79. Apesar de os artigos seguintes, modificados pelo projeto, deixarem claro que os juizados apenas serão a “porta de entrada” da justiça restaurativa, sendo o caso encaminhado ao núcleo restaurativo, há que se refletir acerca dos princípios orientadores dos juizados especiais criminais. A simples adição da expressão “uso de práticas restaurativas” não é suficiente para alterar o caráter dos juizados especiais, sabidamente voltado para a economia processual e celeridade do processo. A busca pela produtividade extrema e o princípio da celeridade assumido pelos juizados especiais aparecem como obstáculos à reparação da vítima e à opção por processos que realmente visem ao diálogo entre as partes. Os processos restaurativos não têm como característica a celeridade e, por isso, não podem ser transformados de forma utilitarista em instrumentos que procurem reduzir a carga de processos dos tribunais – uma das exigências fundamentais das práticas restaurativas é o tempo, e este não pode ser sacrificado em nome da “economia processual e celeridade”.²⁸⁰

Em maio de 2016 o CNJ aprovou a Resolução 225/2016 que contém diretrizes para implementação e difusão da prática da justiça restaurativa no Poder Judiciário. A resolução é resultado de uma minuta desenvolvida desde agosto de 2015 pelo grupo de trabalho instituído pelo então presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, por meio da Portaria n. 74/2015 e encaminhada à Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ.²⁸¹

Importa recordar que o artigo 20 dos Princípios Básicos das Nações Unidas alerta para a imprescindibilidade de estratégias e políticas que incentivem o uso da justiça restaurativa por autoridades do sistema criminal, sociedade e comunidade local. É preciso, sem dúvida, uma cultura jurídica que aceite o uso da justiça restaurativa, não restrinja a implementação de programas diferenciados e encaminhe casos para aqueles programas existentes. Para se avaliar o progresso da justiça restaurativa vinculada ao sistema de justiça criminal, mais importante do que a disponibilidade de programas restaurativos é a importância a eles conferida na prática. Pode-se dizer que outra forma de evitar a resistência institucional ao novo modelo – e que parece ser fundamental para o ordenamento brasileiro – é incorporar na legislação a “obrigatoriedade do decisor fundamentar a sua decisão de não envio de um caso” para a justiça restaurativa, procurando evitar que o juiz sequer considere a hipótese de envio e não se

²⁸⁰ PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 188-189.

²⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Aprovada 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 31 de julho de 2017.

manifeste a respeito. Tal dispositivo, inclusive, corroboraria o disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.²⁸²

3.2.1 Os programas de justiça restaurativa no Brasil: RS, DF, SP e MA

Em 1999 foram realizados os primeiros estudos teóricos e observação da prática judiciária sob o prisma restaurativo no Brasil, a cargo do Prof. Pedro Scuro Neto no Rio Grande do Sul. Contudo, o tema ganhou expressão nacional após a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário (extinta em 2016), órgão do Ministério da Justiça, em abril de 2003. Com a finalidade de expandir o acesso dos cidadãos à Justiça e reduzir o tempo de tramitação dos processos, em dezembro do mesmo ano, a entidade firmou acordo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, iniciativa esta que gerou o Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário. A Justiça Restaurativa passou a ser uma das áreas de atuação conjunta das duas entidades.²⁸³

No final de 2004 e início de 2005, foi disponibilizado um apoio financeiro do PNUD, que viabilizou o início de três projetos pilotos sobre justiça restaurativa, a saber, o de Brasília – DF, no Juizado Especial Criminal; o de Porto Alegre – RS, denominado “Justiça do Século XXI”, voltado para a justiça da infância e juventude; e o de São Caetano do Sul – SP, também voltado para a infância e juventude. Um marco da parceria PNUD – Ministério da Justiça foi o lançamento, no ano de 2005, do livro “Justiça Restaurativa”, que é uma compilação de dezenove textos de vinte e um especialistas na área, entre juízes, juristas, sociólogos, criminólogos e psicólogos de oito países (Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Estados Unidos,

²⁸² PALLAMOLLA, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 181-182.

²⁸³ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Responsabilidades*. Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013. Disponível em < http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_ResponsabilidadesV2N2_Antena01.pdf > Acesso em 03 de agosto de 2017. P. 308.

Inglaterra, Noruega e Argentina, além do Brasil). Esta obra ajudou a difundir as ideias do paradigma restaurativo aos estudiosos do Direito e demais ciências sociais de todo o país.²⁸⁴

Na mesma época, uma série de eventos passou a tomar a Justiça Restaurativa como tema para debates. Nos dias 28 a 30 de abril de 2005 foi realizado o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa na cidade de Araçatuba, estado de São Paulo, que gerou a Carta de Araçatuba, documento que delineava os princípios da justiça restaurativa e atitudes iniciais para implementação no país.²⁸⁵

Pouco tempo depois, nos dias 14 a 17 de junho de 2005, o conteúdo do documento foi ratificado pela Carta de Brasília, na conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na capital federal. Da mesma forma, a Carta do Recife, elaborada no II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na capital do Estado de Pernambuco, nos dias 10 a 12 de abril de 2006, ratificou as estratégias adotadas pelas iniciativas de Justiça Restaurativa em curso, bem como sua consolidação. A partir de 2006 os projetos de Justiça Restaurativa ganharam força, sem que fosse perdida a ideia de adaptação das práticas e princípios estrangeiros à realidade brasileira. De fato, a Justiça Restaurativa é um conceito aberto e em constante aprimoramento e os programas brasileiros têm adaptado a metodologia a sua realidade local.²⁸⁶

Atento aos resultados expressivos dos primeiros projetos de Justiça Restaurativa, o Governo Federal reconheceu sua importância ao aprovar o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 7.037, de 21/12/2009. Essa norma estabelecia como um dos objetivos estratégicos incentivar projetos-pilotos de Justiça Restaurativa, como forma de analisar seu impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como desenvolver ações nacionais de elaboração de estratégias de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa nas escolas. A Justiça Restaurativa também marcou o seu lugar definitivo como um paradigma de resolução do conflito juvenil: o Congresso Nacional editou a Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. O art. 35, inciso III, da referida lei estabelece ser princípio da execução da medida

²⁸⁴ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Responsabilidades*. Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 308, set. 2012/fev. 2013.

²⁸⁵ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 308.

²⁸⁶ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 309.

socioeducativa a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”.²⁸⁷

O primeiro programa que tem destaque é “Justiça para o Século XXI” e foi “Menção Honrosa no Prêmio Inovare” (Edição 2007). O projeto é a mais consolidada ação de Justiça Restaurativa no Brasil, articulada por meio da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS) e que visa a contribuir com as demais políticas públicas na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre por meio da implementação da metodologia restaurativa. Na verdade, o projeto, iniciado em 2005, é posterior às primeiras práticas restaurativas da própria 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre – RS, que foram realizadas há mais de dez anos pela coordenação do juiz Leoberto Brancher, a partir de estudos teóricos e observação da prática judiciária sob o prisma restaurativo, iniciados ainda em 1999 com inspiração do professor Pedro Scurro.²⁸⁸

Além de efetivar as práticas restaurativas em grande escala, o projeto “Justiça para o século XXI” (que conta com o apoio da UNESCO, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e do PNUD) também é polo de treinamento da metodologia. Técnicos e estudiosos de todo o Brasil buscam em Porto Alegre os conteúdos de Justiça Restaurativa para replicarem em seus Estados, a fim de poderem implementar as práticas junto ao Sistema de Justiça da Infância e Juventude, escolas, ONGs, instituições de atendimento à infância e juventude e comunidades. Dentre os cursos oferecidos estão os de: facilitador em círculos de justiça restaurativa e de construção da paz; curso intensivo de justiça restaurativa; curso de iniciação em justiça restaurativa; e curso de formação de coordenadores de práticas restaurativas.²⁸⁹

No processo judicial, as práticas são adotadas em duas frentes: uma ocorre antes de o magistrado aceitar a representação, quando se propõe a realização de círculos restaurativos, e a outra, durante a execução da sentença, quando a equipe multidisciplinar que acompanha o jovem delibera se ele está pronto para participar destes círculos. Desta forma, observa-se que a restauração pode ocorrer em dois momentos chaves do processo, sendo o primeiro capaz de

²⁸⁷ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 310.

²⁸⁸ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 310.

²⁸⁹ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 311.

evitar o formalismo do processo de conhecimento e o segundo como forma de promover a restauração durante o cumprimento da medida socioeducativa.²⁹⁰

Em janeiro de 2010, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul oficializou a Central de Práticas Restaurativas junto ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre - CPR/JIJ por meio da Resolução 822/2010. O objetivo da central, segundo o art. 1º, é o de efetuar os procedimentos restaurativos em qualquer fase do atendimento do adolescente acusado da prática de ato infracional. Foram instalados quatro centros em bairros pobres de Porto Alegre no intuito de se evitar a judicialização de alguns tipos de conflitos, facilitar o entendimento comunitário e promover a cultura da paz.²⁹¹

Segundo o último levantamento de dados da CPR/JIJ – Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre, no período compreendido entre 01 de Janeiro e 29 de Agosto de 2012, a equipe da Central de Práticas Restaurativas recebeu um total de 261 casos, para a verificação da possibilidade de implantação de práticas, pautadas na proposta da Justiça Restaurativa. Deste total, foram realizados 25 (9,58%) Círculos Restaurativos, 49 (18,78%) Círculos Restaurativos Familiares em conjunto com a Fundação de Atendimento Socioeducativo - FASE, 03 (1,15%) Diálogos Restaurativos, 02 (0,77%) Círculos de Compromisso. Do mesmo total, 98 (37,54%) casos foram encerrados na primeira fase do Procedimento Restaurativo – pré-círculo, e 84 (32,18%) casos encaminhados, estão em aberto, com o procedimento em andamento. No período mencionado, a CPR/JIJ promoveu um total de 79 (30,27%) encontros restaurativos envolvendo ofensores, vítimas e comunidades. Destes Encontros Restaurativos que envolveram a participação de ofensores, vítimas, famílias e comunidades, foram construídos e cumpridos os acordos em 100% dos casos.²⁹² No final de 2016, o Estado contava com 22 unidades de justiça restaurativa já implementadas cumprindo antecipadamente as metas definidas pelo CNJ por meio da Resolução 225, de 31 de maio de 2016, que instituiu a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Judiciário brasileiro.²⁹³

²⁹⁰ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 311.

²⁹¹ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 311-312.

²⁹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório CPR JIJ jan-ago 2012*. Disponível em < <http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/RELATORIO-CPR-JIJ-AGO-2012-FINAL.PDF> > Acesso em 04 de julho de 2017.

²⁹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa prioriza vítimas de violência doméstica no RS. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83143-justica-restaurativa-prioriza-vitimas-de-violencia-domestica-no-rs> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

Outro programa de justiça restaurativa no país está em Brasília. A história oficial da Justiça Restaurativa no núcleo Bandeirante começou no ano de 2004, a partir da instituição, pela Portaria Conjunta nº 15 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de uma comissão para o estudo da adaptabilidade da Justiça Restaurativa à Justiça do Distrito Federal e o desenvolvimento de ações para implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante. Já no ano de 2005, deu-se início do projeto piloto nos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante, sob a responsabilidade do juiz Asiel Henrique de Sousa, com aplicação nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição cível e de transação penal. A prática tem amparo no artigo 98 da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 9.099/95, que veio instituir um espaço de consenso no processo criminal, com a possibilidade de exclusão do processo para os casos em que se verifique a composição civil.²⁹⁴

Na atual estrutura do TJDF, a Justiça Restaurativa está sob os cuidados do “Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania”, que, por sua vez, segundo o art. 285 da resolução 13/12, é ligado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPECON, órgão da segunda vice-presidência da corte. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios defende, institucionalmente, que a vinculação dos princípios e práticas restaurativas aos serviços da corte tem contribuído substancialmente para a especialização e democratização da prestação jurisdicional.²⁹⁵

A experiência de Brasília se diferencia das demais por conta de ter o projeto se iniciado e se especializado em práticas restaurativas destinadas aos indivíduos adultos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo. Esta característica ressalta mais uma vez a plasticidade da metodologia restaurativa. Tal qualidade – o poder de sofrer adaptações sem perder a sua essência – é valiosa propriedade na busca da consolidação da cultura da paz e da não violência nas comunidades afetadas pelo crime.²⁹⁶

A Justiça Restaurativa começou a receber, a partir de abril de 2016, demandas advindas dos Juizados Especiais Criminais — JECRIM — de Planaltina e do Núcleo Bandeirante. Com enfoque restaurativo nas conciliações, tem a finalidade de restaurar os danos causados na vítima e pacificar as relações sociais. Facilitadores (e advogados, quando constituídos) promovem o encontro entre a vítima e o ofensor por intermédio de uma

²⁹⁴ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 312.

²⁹⁵ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 313.

²⁹⁶ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 313.

comunicação respeitosa, a fim de viabilizar o diálogo sobre os prejuízos emocionais e materiais oriundos do crime.²⁹⁷

Durante o ano de 2016 foram recebidos 892 processos na unidade implantada no Fórum de Planaltina e 187 processos na unidade em funcionamento no Fórum do Núcleo Bandeirante. Os 1079 processos advindos dos Juizados Especiais Criminais foram encaminhados para realização de conciliação restaurativa ou proposta de transação penal. Foram realizadas 618 audiências, celebrados 183 acordos e 151 casos de transação penal pelas partes. No entanto, não conseguiram chegar a um acordo em 295 casos.²⁹⁸

A audiência de conciliação restaurativa não foi realizada em 461 dos processos recebidos em razão da ausência de uma ou ambas as partes. O não comparecimento das partes, na maioria dos casos, ocorreu em razão da falta de cumprimento do mandado de intimação oportunamente.²⁹⁹

O Programa Justiça Restaurativa também desenvolve mediações no âmbito dos crimes de maior potencial ofensivo. A metodologia vítima-ofensor estabelece um diálogo efetivo entre vítima e ofensor com ênfase na restauração da vítima, na responsabilização do ofensor e na recuperação das perdas emocionais, materiais e afetivas do ofendido. Atualmente, com o quadro reduzido de servidores lotados, o CEJUST atende apenas demandas das Varas Criminais de Planaltina. Os casos são identificados por juízes e promotores e encaminhados ao Programa. Tem a finalidade de restaurar os danos causados na vítima, além de pacificar e restaurar as relações sociais.³⁰⁰

As solicitações são encaminhadas ao Centro por meio de despacho judicial e são atendidas por um mediador devidamente capacitado na mediação vítima-ofensor. O atendimento se inicia no momento que o mediador realiza contato com o suposto ofensor.

²⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 21.

²⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 21.

²⁹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 21.

³⁰⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 21.

Agenda-se o primeiro encontro com o propósito de apresentar o processo da Justiça Restaurativa ao suposto ofensor. Em seguida, verifica se é possível seguir com o procedimento MVO, se o ofensor assume a responsabilidade pelo fato e aceita conversar sobre a reparação. Aceita a proposta da Justiça Restaurativa pelo ofensor, procede-se ao primeiro encontro com a vítima, a fim de certificar se existe trauma decorrente do crime (stress pós-traumático) a ser trabalhado e se existe a sensação de perda de poder (sentimento de desempoderamento). Em alguns casos há a necessidade do ofensor ou da vítima (com a concordância das partes), serem encaminhados à rede de atendimento de serviços de saúde, assistência social, educação, conselho tutelar e outros. O objetivo é trabalhar possíveis vulnerabilidades emocionais, físicas³⁰¹ e psicológicas para que o jurisdicionado possa compreender melhor o processo de mediação e tomar decisões de modo seguro e independente.³⁰²

Nas ações penais de maior potencial ofensivo, a intervenção restaurativa ocorre concomitantemente aos trâmites processuais tradicionais. O foco é a restauração dos danos emocionais e materiais causados à vítima e a pacificação das relações daqueles envolvidos direta e indiretamente no conflito/crime. Na Justiça Restaurativa os ofensores se responsabilizam pelo dano cometido e as vítimas, após ouvidas, recebem a reparação do dano que entendem ser justa.

No ano de 2016 foram atendidos sete novos casos. Dois foram encerrados e devolvidos às varas de origem com a formalização de Acordo Restaurativo. Em quatro foram realizadas sessões preliminares. Estão em fase de avaliação para identificar a melhor forma de atender às vítimas e efetivar a responsabilização dos envolvidos. Não se aplicou a mediação entre a vítima e o ofensor em um dos acontecimentos, pois o acusado faz parte de uma facção criminosa e os crimes praticados atingem toda a coletividade. Portanto, o trabalho realizado foi o de reaproximação entre o acusado e sua própria família.

Esse relatório também traz a “Pesquisa de Satisfação do Usuário” (PSU) que tem o propósito de verificar o grau de satisfação do usuário, aprimorar a mediação realizada e identificar pontos que necessitem de adequação. A PSU alcançou a reposta de 210 pessoas no

³⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 22-23.

³⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 22.

ano de 2016 e um dos resultados mostrou que após o processo restaurativo, para 45% das pessoas a imagem do judiciário melhorou e para 49% delas a imagem continua positiva.³⁰³

Já no Estado de São Paulo, a Justiça Restaurativa iniciou-se em 2005 na cidade de São Caetano do Sul. A iniciativa engloba tanto a aplicação dos princípios e práticas restaurativas em processos judiciais, bem como em escolas públicas da cidade e comunidade. De início, o projeto baseou-se na parceria entre justiça e educação para construção de espaços de resolução de conflito e de sinergias de ação, em âmbito escolar, comunitário e forense.

Onze escolas municipais de São Caetano do Sul foram preparadas para a interação com o sistema judiciário e para lidar com a nova metodologia. Para facilitar os encontros entre ofendidos e ofensores, educadores das escolas, pais e mães, alunos, assistentes sociais e conselheiros tutelares foram capacitados em técnica criada por Dominic Barter, profissional vinculado à Rede de Comunicação Não-Violenta, com base em experiências estrangeiras.³⁰⁴ A metodologia que está sendo utilizada para implementar a Justiça Restaurativa no Estado de São Paulo é denominada “polos irradiadores”, que significa envolver, na implantação do método, diversas instituições para que não fique setorizado. A violência é complexa e precisa de uma resposta interinstitucional, envolvendo o conselho tutelar, as escolas, assistentes sociais, profissionais de saúde, dentre outros.³⁰⁵

Nos três primeiros anos de projeto (2005-2007), as práticas restaurativas nas escolas geraram os seguintes números: 160 círculos restaurativos realizados, 153 acordos (100% deles cumpridos), 317 pessoas envolvidas, 330 acompanhantes da comunidade e 647 o número total de participantes dos círculos restaurativos. Sobre a natureza dos dados tratados, a maioria se referia à agressão física – 53 – e ofensa – 46. No ano de 2006, o projeto foi ampliado para outras escolas estaduais no bairro de Heliópolis, em São Paulo-SP, e na cidade de Guarulhos, com o apoio da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo e das respectivas Varas da Infância e da Juventude.³⁰⁶

³⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 26.

³⁰⁴ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 314.

³⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa rompe com círculo de violência em escolas de São Paulo. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62375-justica-restaurativa-rompe-com-circulo-de-violencia-em-escolas-de-sao-paulo> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

³⁰⁶ MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. Disponível em <

Parece claro que as escolas são um campo propício para o desenvolvimento dos círculos restaurativos, ainda mais se considerando a relevância cada vez maior na sociedade dos tipos de violência relacionada ao contexto escolar como o *bullying*³⁰⁷ e o *cyberbullying*.³⁰⁸ Também é inegável o aspecto pedagógico que a adoção de práticas restaurativas nas escolas pode trazer para os adolescentes, que, ao vivenciarem ainda jovens o poder transformador do encontro em que são discutidas as necessidades dos envolvidos, já saberão outra maneira de lidar com os conflitos quando da vida adulta. A partir dos projetos do Estado de São Paulo, assistiu-se que a parceria Escola-Judiciário pode mudar a realidade de uma comunidade escolar conflituosa.

Ao contrário do que se possa imaginar, o projeto de Justiça Restaurativa do Maranhão não está em São Luís, mas na cidade de São José de Ribamar, município que faz parte da região metropolitana da capital. As ações restaurativas ocorrem tanto no âmbito do Poder Judiciário, na 2ª Vara da Comarca de São José em casos de conflito juvenil (ato infracional), quanto fora dele, no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e nas escolas. As ideias de justiça restaurativa chegaram ao Maranhão por meio da Fundação *Terre des Hommes*, entidade francesa que luta internacionalmente pelos direitos das crianças e que desenvolvia um trabalho por lá. A então juíza da 2ª Vara, Dra. Tereza Mendes, deu início ao projeto, no ano de 2009.³⁰⁹

Formou-se um Grupo Gestor do Projeto (Prefeitura, Poder Judiciário e Ministério Público) e seus representantes foram ao Rio Grande do Sul conhecer a prática. Servidoras do Poder Judiciário gaúcho foram trazidas ao Maranhão a fim de capacitarem servidores da Justiça, comunidade e escola em São José de Ribamar. Após um período de estudos, em 2011

http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf > Acesso em 07 de agosto de 2017.

³⁰⁷ É um termo inglês utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, sem motivação evidente, adotados por um ou mais alunos contra outro, causando dor, angústia e sofrimento e executados dentro de uma relação desigual de poder. Cf. <http://bullyingcyberbullying.com.br/bullying/o-que-e-bullying/>. Acesso em 06 de agosto de 2017.

³⁰⁸ É a versão eletrônica do bullying praticada por meio de agressões verbais e escritas utilizando-se a internet. A vítima recebe mensagens ameaçadoras, conteúdos difamatórios, imagens obscenas, palavras maldosas e cruéis, insultos, ofensas, extorsão etc., e tudo isso pode alcançar milhões de pessoas em questão de segundos. Fonte: <http://bullyingcyberbullying.com.br/bullying/o-que-e-cyberbullying/>. Acesso em 06 de agosto de 2017.

³⁰⁹ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 311.

o projeto efetivamente se desenvolveu.³¹⁰ Desde então, cerca de quarenta casos foram atendidos com a metodologia restaurativa.³¹¹

O fluxo processual desenvolvido junto ao Ministério Público Estadual se desenvolve da seguinte maneira: nos casos em que a Promotoria vislumbra a aplicação da Justiça Restaurativa, é proposta a medida de advertência junto com o encaminhamento para o círculo restaurativo. O marco teórico adotado no Maranhão é o processo circular, metodologia desenvolvida a partir das observações das tribos ancestrais americanas, que se reuniam em círculo em torno de uma fogueira.³¹²

No projeto maranhense os técnicos responsáveis pela condução dos processos circulares se valem dos objetos de fala. Na experiência maranhense, há uso das práticas de Justiça Restaurativa também fora do aparato judiciário. Os círculos de paz foram adotados nas comunidades, na igreja e também nas escolas locais. Pelo que se percebeu *in loco*, na cidade é muito forte a cultura das lideranças comunitárias, o que acabou sendo considerado no momento de capacitação dos facilitadores, que aprenderam o conteúdo juntamente com alguns professores e diretores das escolas.³¹³

Mais um fato que chamou a atenção foi a construção do Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa, no bairro Vila Sarney Filho, na periferia de São José - Projeto RestaurAÇÃO. O referido núcleo começou a funcionar no dia 23 de abril de 2010 e, de acordo com a Prefeitura Municipal, em abril de 2012 o projeto tinha envolvido 291 pessoas (entre crianças, adolescentes, jovens, famílias e comunidade) em 60 práticas restaurativas. Segundo a mesma fonte, estavam em andamento trinta e três casos, sendo onze no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e vinte e dois na Casa da Justiça (2ª Vara), situada na sede da cidade. Pode-se afirmar que a disseminação da Justiça Restaurativa em várias frentes, como realizado no Maranhão, foi elemento fundamental pelo reconhecimento efetivo da prática na sociedade local. De acordo com o relatado, a iniciativa teve resultados significativos no trato do conflito juvenil de São José de Ribamar e o Tribunal de Justiça do Maranhão está capacitando mais técnicos para um novo projeto na capital São Luís.³¹⁴

³¹⁰ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 318.

³¹¹ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 318-319.

³¹² ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 318.

³¹³ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 319.

³¹⁴ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 319.

Após esses anos de práticas restaurativas no Brasil, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa se legitima como uma das formas de resolução de conflitos que irá compor o desenho de um sistema de Poder Judiciário efetivamente “multiportas” a partir da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Sendo certo que o movimento internacional ressoou na doutrina, no Judiciário e na sociedade brasileira, enuncia-se que a Resolução 2.002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU foi o marco catalisador dos projetos brasileiros de Justiça Restaurativa.³¹⁵

Não menos certo é o fato de que a Justiça Restaurativa pode possibilitar tanto o acesso ao Judiciário (acordo restaurativo proporcional à infração cometida) quanto o acesso a uma ordem jurídica justa, inclusive fora do aparato estatal. O sistema de justiça que não oferecer o acesso pela Justiça Restaurativa não poderá ser considerado, na contemporaneidade, um sistema realmente humanizado de resolução de conflitos. No vasto campo das modalidades de heterocomposição (jurisdição, arbitragem, mediação e conciliação), a Justiça Restaurativa pode trazer respostas mais abrangentes em espaços certos e especiais para determinados tipos de conflitos. A Justiça Restaurativa constitui um método eficiente para o trato do conflito criminal de menor potencial ofensivo (Juizados Especiais Criminais), para o conflito juvenil (atos infracionais) e para os conflitos escolares e comunitários.³¹⁶

³¹⁵ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 319.

³¹⁶ ORSINI, LARA, *Dez Anos de práticas restaurativas no Brasil... cit.*, p. 319.320.

CONCLUSÃO

A justiça é tema recorrente no âmbito das Ciências Jurídicas, tendo em vista sua vinculação obrigatória às questões éticas, morais, culturais e, até mesmo, geográficas de uma determinada sociedade. Percebe-se a dificuldade em consagrar o conteúdo da justiça em um ordenamento que reflita os anseios de todos os indivíduos que compõem um grupo socialmente organizado. Tendo em vista a importância do tema, a filosofia moral de John Rawls verificou que as teorias então dominantes, como a utilitarista e a intuicionista, revelaram-se limitadas para tratar da questão da justiça social. Por tal razão, o autor desenvolveu todo um procedimento a fim de possibilitar à sociedade a escolha de “princípios de justiça” que pudessem permear a “estrutura básica” da sociedade.

O método de Rawls envolve todo um exercício mental, impondo um modelo ideal. O mérito do autor foi, sem dúvida, perceber a inviabilidade de um modelo justo de sociedade que desconsiderasse os direitos individuais em favor de uma felicidade social maior. Para tanto, há uma ressignificação da teoria tradicional do contrato social, afastando o “estado natural” e concebendo, em seu lugar, a “posição original” de igualdade e liberdade entre os indivíduos. Prepondera a apresentação do Princípio da liberdade igual, onde cada pessoa deve ter um “valor equitativo de liberdades”, e o princípio da distribuição desigual dos bens primários, entendidos como a renda, a riqueza, os poderes e prerrogativas de posições e cargos públicos ou privados, o patrimônio individual justa se trazer maior benefício aos menos favorecidos e estiver vinculada a posições e cargos acessíveis a todos em condições de “igualdade equitativa de oportunidades”. Deparando-se com o problema de como seria se os princípios, pós posição original, não fossem capazes de viabilizar a igualdade equitativa, o autor estabelece o instituto do “equilíbrio reflexivo”, por meio do qual a revisão dos princípios é possível e um dos mecanismos do equilíbrio reflexivo, objeto de estudo desse trabalho, poderia ser a justiça restaurativa.

Embora o sistema de justiça ocidental tenha importantes qualidades, vem crescendo o reconhecimento de suas limitações e carências. Não raro, vítimas, ofensores e membros da comunidade sentem que o sistema deixa de atender adequadamente às suas necessidades. Os profissionais da área da justiça – juízes, advogados, promotores etc. – amiúde expressam sua

frustração com o sistema. Muitos sentem que o processo judicial aprofunda as chagas e os conflitos sociais ao invés de contribuir para seu saneamento e pacificação.³¹⁷

A justiça restaurativa procura tratar de algumas dessas necessidades e limitações. Desde os anos 70 vem surgindo vários programas e abordagens em centenas de comunidades de vários países do mundo. Com frequência são oferecidos como alternativas paralelas ou no âmbito mesmo do sistema jurídico vigente – tais abordagens e práticas estão ultrapassando o sistema de justiça criminal e chegando a escolas, locais de trabalho e instituições religiosas. Nas sociedades onde o sistema jurídico ocidental substituiu ou suprimiu processos tradicionais de justiça e resolução de conflitos, a justiça restaurativa oferece uma estrutura apta a reexaminar e, por vezes, reativar tais tradições.³¹⁸

A justiça restaurativa proporciona uma forma concreta de pensar sobre a justiça no âmbito da teoria e prática da transformação de conflitos e construção da paz. De fato, a maioria dos conflitos orbita em torno de uma percepção de injustiça, ou ao menos implica tal percepção. Mesmo que o campo da resolução de conflitos ou transformação de conflitos tenha, em certa medida, reconhecido esse fato, o conceito e a prática da justiça nessa área permanecem um tanto vagos. Os princípios da justiça restaurativa oferecem uma estrutura concreta para tratar as questões de injustiça presentes no conflito.³¹⁹

Nesse trabalho procurou-se demonstrar que a justiça restaurativa é capaz de ampliar o acesso formal e material à justiça. Sustenta-se que o modelo restaurativo, se bem aplicado em complementação ao sistema de justiça vigente, pode constituir um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa que opere real transformação, com soluções compartilhadas e para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania. A justiça restaurativa pode possibilitar tanto o acesso ao judiciário – que possibilite um acordo restaurativo proporcional à infração cometida com a chancela estatal –, quanto o acesso a uma ordem jurídica tida como justa, pela disponibilização do modo mais adequado de resolução de conflitos às pessoas e comunidades que vivenciaram uma situação conflituosa.

Procurou-se também fazer breve elucidação do atual cenário de acesso à justiça no Brasil, fazendo uso da pesquisa do CNJ “Justiça em números” para demonstrar o alto grau de litigiosidade da sociedade brasileira, quais são os grandes litigantes do país, a distância que

³¹⁷ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 13.

³¹⁸ ZEHR, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 14-15.

³¹⁹ ZEHR, *Justiça Restaurativa... cit.*, p. 54..

existe entre o direito de acesso à justiça contemplado na legislação pátria e sua efetividade e, por fim, que a “porta de entrada” e a “porta de saída” do judiciário brasileiro não se mostram satisfatórias para garantir o amplo acesso à justiça por parte significativa da população não acostumada aos trâmites jurídicos.

Sendo certo que o movimento internacional ressoou na doutrina, no judiciário e na sociedade brasileira, enuncia-se que a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social foi o marco catalizador das iniciativas brasileiros de Justiça Restaurativa. O Poder Público não ficou alheio ao processo e com a edição do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 7.037/09, e com a entrada em vigor da Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, a Justiça Restaurativa se consolida como política pública brasileira de resolução de conflitos e acesso à justiça. Uma vez que se desenha no país um sistema multiportas no de acesso à justiça no Poder Judiciário brasileiro, principalmente a partir do advento da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, a análise da compatibilidade do novo ideal com as normas que justificavam as primeiras experiências, quais sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei 9.099/95, se fez necessária. No tocante ao projeto de lei 7.006/2006, que prevê a adoção dos encontros restaurativos durante a fase de instrução penal para os crimes fora da abrangência dos Juizados Especiais Criminais, afirma-se que sua aprovação é oportuna. A criação dos Núcleos de Justiça Restaurativa nos Tribunais fortaleceria a interdisciplinaridade na administração da justiça e a singularidade de cada caso teria melhores condições de ser escutada, favorecendo a disseminação da cultura da paz.

Vale aqui ressaltar que o Brasil conta com vários outros programas de justiça restaurativa além dos descritos no capítulo 3 do trabalho e a escolha dos programas apresentados foi pelo tempo de implementação e os resultados que já apresentam. A pesquisa, no entanto, esbarrou na falta de atualização de dados disponibilizados pelos *sites* oficiais desses programas, tendo uma defasagem de tempo de cinco anos, em média. Mesmo assim, optou-se por apresentá-los para demonstrar que a justiça restaurativa é possível no país e que traz bons resultados em âmbitos além do criminal.

Por todo o exposto e diante da constatação de que as práticas de justiça restaurativa estão em consonância com os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e, no caso brasileiro, da nossa legislação, é possível afirmar que o sistema de justiça que não oferecer a oportunidade do acesso pela via restaurativa, não poderá ser considerado, no século

XXI, como um sistema completo, humanizado, que garanta amplo acesso à justiça e capaz de proporcionar instituições fortes o suficiente para garantir uma justiça equitativa.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Tradução colombiana de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 32-34. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 28).

ARAUJO, Cícero. Concepções do Mundo e o Fato do Pluralismo. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em < <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/araujopluralismo.pdf> > Acesso em 04 de julho de 2017.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012, p. 161.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAUNER, Daniela Jacques. Acesso à Justiça no Mercosul. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, v. 15, 67-89, jan./jun., 2010, p. 72.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 8.

CARVALHO, Feliciano de. A teoria da Justiça de Rawls como uma Teoria de Direitos Fundamentais. Revista Direitos Humanos e Democracia. Ano 2, nº 4, jul/dez, 2014, p. 54-56.

CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005, p. 211.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87-88.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes. Disponível em < http://niajajuris.org.br/images/documentos/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf > Acesso em 07 de agosto de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aprovada 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 31 de julho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa rompe com círculo de violência em escolas de São Paulo. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62375-justica-restaurativa-rompe-com-circulo-de-violencia-em-escolas-de-sao-paulo> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa prioriza vítimas de violência doméstica no RS. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83143-justica-restaurativa-prioriza-vitimas-de-violencia-domestica-no-rs> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA (org.). Acesso à Justiça I. SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete (coords.). Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível in < <http://docplayer.com.br/48219195-Xxiv-congresso-nacional-do-conpedi-ufmg-fumec-dom-helder-camara.html> > Acesso em 08 de agosto de 2017.

Conciliação e mediação. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao> > Acesso em 24 de maio de 2017.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em 10 de maio de 2017

DANIELS, Norman. Justice and Justification: reflective equilibrium in Theory and Practice. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 1-3.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – 1948. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html> > Acesso em 10 de maio de 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> > Acesso em 10 de maio de 2017.

FILHO, João Trindade Cavalcanti. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em < http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf > Acesso em 10 de maio de 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJ Brasil 1º semestre 2016. Disponível em < <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil> > Acesso em 07 de agosto de 2017.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HART, H.L.A. Ensaios sobre teoria do direito e filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Apud: FILHO, João Trindade Cavalcanti. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em < http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf > Acesso em 10 de maio de 2017.

IBGE. Brasil em Síntese. Disponível em < <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html> > Acesso em 25 de julho de 2017.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 169.

JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W. (ed). Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 9-16.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. Instituinto Práticas Restaurativas. Disponível em < <http://www.justica21.org.br/> >. Acesso em 31 de maio de 2017.

JUSTIÇA RESTAURATIVA. Disponível em < <http://justicarestaurativa.weebly.com/origem.html> > Acesso em 11 de agosto de 2017.

KYMLICKA, Will. Filosofía política contemporânea: una introdución. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1995, p. 68

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia jurídica. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOIS, Cecilia Caballero (org.). Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy Editora, 2005.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 242.

MARCANTONIO, Jonathan Hernandez. Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos da metodologia científica. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragem e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARSHALL, Tony F. Restorative Justice: an overview. Home Office Research Development and Statistics Directorate, London, 1999. Disponível em: < www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf > P. 5. Acesso em 18 de abril de 2017.

MATIOLI, Victor. Pesquisador alerta para o aumento da desigualdade no Brasil. Jornal da USP. Disponível em < <http://jornal.usp.br/atualidades/pesquisador-alerta-para-o-aumento-da-desigualdade-no-brasil/> > Acesso em 25 de julho de 2017.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia (10 a 15 Agosto de 2003 - Rio de Janeiro). Disponível em <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_port.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2017.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. Disponível em < http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf > Acesso em 07 de agosto de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278-279.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 440-441.

NEDEL, José. A teoria ético-política de John Rawls. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 30-31.

OLIVEIRA, Cícero. Justiça e Equidade em John Rawls. Revistas USP: Cadernos de Ética e Filosofia Política. Nº 27. 2015, p. 113-114. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/cefp/issue/view/8623> > Acesso em 10 de abril de 2017.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. Responsabilidades. Belo Horizonte, v.2, n.2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013. Disponível em < http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_ResponsabilidadesV2N2_Antena01.pdf > Acesso em 03 de agosto de 2017. P. 308.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PETTIT, Philip; KUKATHAS, Chandran. Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos. Tradução Maria Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

PILON, Almir José. Liberdade e Justiça: uma introdução do direito em Kant e Rawls. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), p. 21.

PROJETO DE LEI 7006/06. Disponível em <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=397016&f >
 Acesso em 31 de julho de 2017.

RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera via: la justicia restaurativa. Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n. 13. Abr./Jun 2005, p. 199.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. Justiça e Democracia. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. O direito dos povos. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução Álvaro de Vita. Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em <
http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf > Acesso em 31 de maio de 2017.

RIBEIRO, Ludimila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. Revista Direito GV, n. 8, Jul – Dez p. 465-492, São Paulo, 2008. P. 469-470. Disponível em <
<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-8> > Acesso em 29 de julho de 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 11 de agosto de 2017, p. 171.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP. São Paulo. N. 101, p. 57. Março/Abril 2014. Disponível em <
<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814> > Acesso em 23 de maio de 2017.

SALOMÉ, J.F. Acesso à Justiça na França e no Reino Unido: perspectiva comparada no Tribunal Europeu de Direitos do Homem. 2012. 489 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 56.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 167-168.

SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA. Relatório da Distribuição Pessoal de Renda e da Riqueza da População Brasileira. 2015/2014. Disponível em < <http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf> > Acesso em 25 de julho de 2017. P. 18.

SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather. Restorative Justice: the evidence. London: The Smith Institute, 2007. Disponível em < http://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf > Acesso em 19 de julho de 2017, p. 78. Apud: PALLAMOLLA, Justiça Restaurativa... cit., , p. 152.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 113. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Relatório CPR JIJ jan-ago 2012. Disponível em < <http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/RELATORIO-CPR-JIJ-AGO-2012-FINAL.PDF> > Acesso em 04 de julho de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/relatorios/RELATRIOANUAL2016.pdf> > Acesso em 06 de agosto de 2017, p. 21.

VAN NESS. *Proposed Basic Principles on de Use fs Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*. In: VON HIRSCH, A; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A; ROACH, K; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 167.

VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th. Editon. New Providence: LexisNexis Group, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade). In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 50-51.

VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

ZEHR, Howard. Trocando das lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. Restorative Justice: The Concept. Corrections Today, dezembro/1997: 68-70. In: Scuro Neto, Pedro. Modelo de Justiça para o Século XXI. Disponível em <http://www.academia.edu/2365535/Modelo_de_justica_para_o_seculo_XXI>. Acesso em 27 de junho de 2017.