

PREFÁCIO DE MARCELO LUIZ PELIZZOLI

CÍRCULOS RESTAURATIVOS E PROCEDIMENTO JUDICIAL

ANÁLISE DE UMA AXIOLOGIA (AS)SIMÉTRICA

FREDERICO OLIVEIRA

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-61176-29-7



9 788561 176297



ASCES

**CÍRCULOS RESTAURATIVOS E PROCEDIMENTO
JUDICIAL: ANÁLISE DE UMA AXIOLOGIA (AS)SIMÉTRICA**

FREDERICO JOSÉ SANTOS DE OLIVEIRA

Caruaru-PE, 2019

Esta publicação
foi editada pela:



Associação Caruaruense
de Ensino Superior e
Técnico

À minha esposa Kalyne Oliveira, por manter uma mão sempre estendida na minha direção.

Aos meus filhos, Fred e Marina, por me permitirem lavar naturalmente os meus olhos todas as manhãs.

Ao Professor Marcelo Luiz Pelizzoli, pelo exemplo inspirador de ética de alteridade.

O48c

Oliveira, Frederico José Santos de

Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as) simétrica / Frederico José Santos de Oliveira – Caruaru/PE: Asces, 2019.
127 p. e-book.

ISBN: 978-85-61176-29-7 (recurso eletrônico)

1. Justiça restaurativa. 2. Procedimento judicial. 3. Axiologia.
I. Título.

Asces/BC

CDU – 343.24(81)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Roberto e Bernadete, por me terem ensinado que a vida é feita simultaneamente de responsabilidade e leveza.

Aos meus amigos Luiz Gustavo Valença, Everaldo Fernandes, Neide Valones e Ana Maria Barros, pela atenção que me dispensam sempre que preciso, inclusive para que este trabalho se tornasse possível.

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho procede da dissertação de mestrado, orientada pelo Professor Doutor Marcelo Pelizzoli, no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, da Universidade Federal de Pernambuco, cuja pesquisa bibliográfica apresentou como objeto de análise elementos ético-valorativos do procedimento judicial e do círculo restaurativo. O objetivo geral é traçar um desenho comparativo entre os dois sistemas, observando os seus critérios axiológicos, naquilo que se aproximam e se distanciam. Além disso, empregou-se atenção à possibilidade de existirem espaços para uma contribuição da axiologia contida no modelo de justiça restaurativa para com o sistema oficial de justiça. Assim, lançamos mão de um arcabouço teórico que nos permitiu traçar um panorama geral sobre os elementos fundamentais dos modelos estudados, fazendo inferências ético-práticas, na intenção de criar vínculos entre o que abstratamente foi compreendido e o campo social onde é aplicado. Em sede de conclusão, o trabalho aponta no sentido de que as limitações identificáveis no sistema público de justiça abrem um espaço onde os princípios da ética restaurativa podem produzir fecundas reflexões sobre a racionalidade aplicada no procedimento judicial. Desta forma, considerando que a pauta dos rituais utilizados nos âmbitos da justiça estatal e da justiça restaurativa toma por referência uma proposição ético-princípio-lógica, para a resolução de conflitos, observamos que ambos têm aporte em valores consolidados. Contudo, tais valores demandam a assunção de uma dimensão humanística, tal como assente na metodologia restaurativa, mas ainda superficial na representação estatal.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Procedimento Judicial. Axiologia.

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNV	Comunicação Não-Violenta
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
FGC	Family Group Conferences
ICJ BRASIL	Índice de Credibilidade da Justiça Brasileira
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
SINASE	Sistema Nacional de Atendimento Socioedu-
cativo	
UFRS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UNCHR	The United Nations Refugee Agency
VOM	Victim Ofender Mediation

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO: CONTEXTO, OBJETO E ESTRATÉGIA METODOLÓGICA	13
CAPÍTULO I: O PROCEDIMENTO JUDICIAL E SEUS VALORES	25
1.1. Importância do procedimento judicial na tradição jurídica brasileira	27
1.2. Fundamentos axiológicos do procedimento judicial: os princípios e seu papel na estruturação dos rituais aplicados à forma estatal de resolução de conflitos e obtenção da justiça material	30
1.2.1. A dignidade normativa constituída a partir de princípios e regras	33
1.2.2. O elemento funcional dos princípios	35
1.2.3. Princípios constitucionais vinculados ao procedimento judicial	36
1.3. Limites do procedimento judicial: insuficiências e crises	46
1.3.1. A questão, não enfrentada, relativa à necessidade de compreensão sistêmica do conflito	49
1.3.2. Vocação civilmente individualista e penalmente retributiva	51
1.3.3. Modelo adversarial: a proeminência da dialética sobre a dialógica	53
CAPÍTULO II: A EXPERIÊNCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	57
2.1. Paradigma: a lente com que enxergamos o justo	58
2.2. Esboço histórico: da sabedoria ancestral à vida contemporânea	60
2.3. Ressurgimento da justiça restaurativa	62
2.4. Definição de justiça restaurativa	63
2.6. Justiça restaurativa na perspectiva da legislação brasileira	74
2.6.1. Justiça Restaurativa na legislação stricto sensu	74
2.6.2. Outras normas que veiculam a admissibilidade da Justiça Restaurativa no Brasil	80

2.7. Tipologia dos procedimentos restaurativos	82
3.1. Os objetivos do procedimento circular e os escopos do processo judicial	89
CAPÍTULO III: VALORES DO CÍRCULO RESTAURATIVO COMO POSSIBILIDADE DE (RE)FLEXÃO SOBRE OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DO PROCEDIMENTO JUDICIAL	89
3.2. A estruturação dos círculos restaurativos, os papéis dos seus integrantes e as funções dos sujeitos do processo judicial	95
3.2.1. Vítima, ofensor, comunidade, facilitador	107
3.2.2. Autor, réu, juiz, advogado, Ministério Público	119
3.3. Procedimento do círculo restaurativo em comparação com o rito judicial	129
3.3.1. Procedimento restaurativo: pré-círculos, círculos e pós-círculos	130
3.3.2. Procedimento judicial: da postulação à decisão	140
CONCLUSÕES	153
REFERÊNCIAS	167

PREFÁCIO

“A vida é sempre nova, nós é que insistimos em ser velhos”. O valor das tradições e como elas nos constituem e devem ser honradas, isto é certo. No entanto, no fluxo das coisas, elas podem ter incorporado e reproduzido estruturas obsoletas e ineficientes, ao que o Espírito do Tempo se confronta e busca por meio do crescimento ou da dor modificar. A justiça, antes de tudo, é um valor humano; faz parte da essência das práticas sociais; em seu sumo, serve a um bem comum, na esfera do equilíbrio, na esfera do medium dos conflitos sociais; apoia e administra a serviço de algo maior, no âmbito delicado da Disciplina Social. Equilíbrio, dar e receber, reparação do tecido interpessoal ou social, expressões que dizem da essência e do fim maior da justiça. O quanto a instituição judiciária consegue coadunar-se aos fundamentos do que a constituem, e exercer efetividade em seu papel – papel este que tomou o fazer justiça para si como Estado, Direito, delegado das família e comunidades - eis uma reflexão epistemológica, ética e organizacional de primeira monta hoje. O quanto de reprodução de dor, emperramentos, perda de humanidade e resolutividade, no que se chama Procedimento Judicial; o quanto de distanciamento entre o ideal da normatividade, da legalidade, dos princípios de justiça e a sua prática, eis um estado de coisas que grita em meio aos escaninhos tomados pelo paradigma positivista, pela lógica complexa dos procedimentos, pelo malabarismo advocatício e essencialmente adversarial, formal, objetificador das relações como diria Gadamer e, portanto, do próprio fazer justiça. É em vista deste estado de coisas cada vez mais evidente de estagnação, assomado de forma avassaladora pela quantidade de processos judiciais em nosso país, numa cultura de justiça por demais retributiva, vingativa e de complexo combate, que se reforça na cultura do medo e vingança vinda do seio social, é em vista disso que surgem os novos paradigmas. “Onde há muitos doentes, surgem os curadores”.

Neste contexto histórico- epistemológico e criador (mas também tradicional pela inspiração em modelos antigos de justiça como nos Círculos vindo de povos nativos), neste contexto em que as Inteligências Coletivas se manifestam buscando lidar com a dor do tempo, neste contexto de criatividade e busca de nova confiança no que recebemos da vida de nossos pais e ancestrais, é aí que surge o que se considera alternativo, criador, novo. A saber, trata-se de recorrentes caminhos, desde a busca incessante por uma hermenêutica jurídica, visão sistêmica, justiça terapêutica, cidadania e alteridade, direitos humanos, aspectos comunitários e participativos, de empoderamento das pessoas mais que das estruturas e escaninhos legais e estatais, meios adequados para conflitos, métodos dialógicos de resolução, meios autocompositivos e, aí, o já consagrado caminho da mediação, conciliação e, agora, o Sol nascente da Justiça Restaurativa.

A perpetuação da conflitividade, ou “a baixa resolatividade do processo judicial como mecanismo de pacificação social e efetiva realização de justiça”, como diz aqui nosso autor, ou ainda “questões estruturais fortemente hierarquizadas, fechadas e orientadas por uma lógica legal-racionalista”, são obstáculos dolorosos que por sua vez provocam uma “abertura epistemológica que se estende e envolve aspectos efetivos do drama inter-humano, inclusive aquele deduzido perante a Justiça Oficial e que demanda resolução”. A obra do professor e promotor Frederico de Oliveira está justamente envolvida com este Espírito do Tempo, fazendo parte da Inteligência Coletiva de cuidado e bem – sentidos fundantes de justiça – que traz o paradigma e os procedimentos Restaurativos para fazer frente aos desafios estruturais e positivados na tradição judicial. Brota não apenas de uma composição teórica de per si, mas do mal estar do tempo e da sensibilidade humana e ética de seu autor, na medida em que colocou seu coração, vontade e inteligência a serviço do valor justiça. O encontro com a energia da restauração expressa nas metodologias circulares restaurativas brotou daí, e casou com a sede da efetividade da real transformação dos conflitos.

Não obstante, o nosso autor não caiu na dicotomia insuperável entre paradigma de justiça retributiva X justiça restaurativa: na sua análise cuidadosa, investigou dentro da esfera dada nas normas legais tradicionais – no que concerne ao Direito Processual brasileiro - um respeitável montante de dimensões principiológicas, filosóficas e éticas, naquilo que ancora ou dialoga com o olhar restaurativo – e o que daí decorre, além mesmo de ser um importante meio autocompositivo. O cotejamento bem executado de outras racionalidades com aquelas presentes no sistema oficial de elaboração da justiça - com foco tão intenso nas tecnologias punitivas retributivas – é um êxito evidente deste trabalho que resgata a metodologia circular e os fundamentos restaurativos e dialógicos.

Esta obra tem também um caráter inovador em sua investigação original, justamente neste cotejamento citado e na linha de argumentação das possíveis coexistências e inovações no sentido do “aperfeiçoamento da metodologia estatal” para uma real resolução dos conflitos. Ela faz parte das obras que abrem caminhos para investigadores, operadores jurídicos e atores que participam do fazer justiça assentarem suas práticas em bases éticas e procedimentais inovadoras, participativas e mais sistêmicas. É com entusiasmo que recebemos este texto no rol da produção especializada em torno da Justiça Restaurativa e seus processos circulares no país, com importante reflexão epistemológica, ética e jurídica em momento tão complexo e delicado de nossa Nação, em especial diante do agravamento da cultura oficial da vingança. Para fazer frente ao espírito bélico que se levanta vindo das sombras de ódio e dor, com o armamento das mentes e assim das mãos, urge buscar fontes de inspiração cuidadoras e bem fundamentadas, como é o caso aqui na análise das práticas dos Círculos de Construção de Paz, ou Restaurativos, e tudo o que daí decorre como momento pedagógico, participativo, acolhedor e de ressignificação e responsabilização mais efetiva.

Prof. Dr. Marcelo L. Pelizzoli - UFPE

INTRODUÇÃO: CONTEXTO, OBJETO E ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

A presente pesquisa surge a partir de dois aspectos de observação: um teórico, acerca da função do Estado de resolver conflitos de interesses e, outro, pragmático, decorrente da insuficiência desse sistema de justiça oficial para atender ao reclamo de uma justiça formal e material. Demais disso, é notório hoje que o campo da pesquisa e das práticas em Direitos Humanos encontra na realização efetiva da justiça – seja como valor, seja como instituição eficiente – uma necessidade imperiosa.

Com efeito, do ponto de vista jurídico, doutrinariamente, compreende-se que o sistema de justiça estatal, baseado na atividade jurisdicional que lhe é conferida, envolve a ideia de estabelecer mecanismos suposta e pretensamente imparciais, voltados para a resolução dos conflitos de interesses os quais concreta e inevitavelmente ocorrem na vida social. Nele, institui-se uma metodologia de trabalho aplicada ao tratamento dos litígios – direito processual – e compõe, com outras modalidades de pacificação social admitidas classicamente (autotutela, autocomposição e jurisdição privada [mediação/arbitragem]), o desenho do sistema jurídico-processual que em regra se estabeleceu, no Brasil, por razões histórico-políticas, a partir da matriz romano-germânica.

Contudo, do ponto de vista pragmático, estes mecanismos formais de resolução de conflitos têm sido objeto de reiterados intentos, sobretudo legislativos, no sentido de atribuir-lhes maior nível de eficácia social, uma vez que o instrumento-base utilizado para a efetivação de direitos violados ou ameaçados, qual seja o processo manejado pelos juízes estatais, não tem alcançado o padrão de efetividade necessário para o seu reconhecimento como instrumento eficiente, nem pela comunidade jurídica nem pela sociedade, tal como refletido estatística e reiteradamente nos índices de credibilidade

e confiança da Justiça brasileira – ICJBrasil (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS).

Na órbita jurídica, importantes autores, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart (2006, p. 432), afirmam que há, no processo judicial, uma “deficiência de legitimidade de origem”, a ser compreendida além das fronteiras da dogmática jurídico-processual.

Neste viés, parece-nos importante, considerar que, sendo o exercício do poder estatal estabelecido e legitimado, em parte, por intermédio do instrumento-processo judicial, as limitações do sistema público de justiça interferem e ao mesmo tempo sofrem interferência do “procedimento” utilizado e de seus valores, posto que surgem como elementos de intermediação para dar aceitabilidade a uma decisão (LUHMANN, 1980, p. 29 apud MARINONI, 2006, p. 437). Assim, o processo judicial (e, nele, o procedimento) atua como verdadeira instituição que integra princípios constitucionais (acesso à justiça, igualdade, contraditório, publicidade) à metodologia estatal de resolução de litígios.

Nesta racionalidade, e naquilo que importa à compreensão da forma estatal de resolver conflitos, daremos ênfase à dimensão procedimental do processo judicial, uma vez que o mesmo instaura e implementa o ritual oficial que propicia a aplicação de preceitos estabelecidos constitucionalmente e cujo objetivo é articular uma sequência de atos a ser obedecida até que se alcance uma decisão, pelo juiz de direito.

Tal como afirma Brumer, no prólogo da obra publicada por Oscar G. Chase,

Resolver conflictos de forma imparcial requiere no sólo de um espíritu de justicia, sino también unas consideraciones sobre los procedimientos para juzgar las pretensiones de las partes (2011, p. 11).

Neste sentido, o processo judicial tem formal e deliberadamente a intenção de comunicar o rito a ser observado pelo juiz e

os direitos fundamentais (constitucionais), estabelecidos como guia desse ritual.

Importa-nos, aqui, agora em sede de justificativa do tema, fazer menção que nossa experiência de quase vinte e seis anos de atividade no Ministério Público de Pernambuco, vinte deles como titular da atual 2ª Promotoria de Justiça Cível de Caruaru-PE, e de vinte e quatro anos na docência universitária, com atuação precípua no campo da sociologia do direito, do direito civil e, principalmente, do direito processual civil, permitiu-nos constatar empiricamente a baixa resolutividade do processo judicial como mecanismo de pacificação social e efetiva realização de justiça.

À vista disso, recorrentemente desenvolvemos observações no sentido de tentar compreender as deficiências e insuficiências desse instrumento: o processo judicial, não apenas a partir de uma perspectiva causal das crises do Estado-Juiz, de onde decorrem questões estruturais fortemente hierarquizadas, fechadas e orientadas por uma lógica legal-racionalista (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, pp. 53-74), mas analisar o fenômeno na intenção de entender essa ferramenta a partir do questionamento de ser, ela, eficaz ou não para transcender a racionalidade que afirma a existência de um direito supostamente puro e independente da comunicação com outras dimensões do saber humano. Ademais, de modo paralelo, se essa ferramenta é capaz de articular, no próprio processo judicial, uma abertura epistemológica que se estende e envolve aspectos efetivos do drama inter-humano, inclusive aquele deduzido perante a Justiça Oficial e que demanda resolução.

Com base nas afirmações de Zenkner (2006, p. 18), podemos afirmar a existência da crise do sistema estatal de justiça. A saber:

Também não é recente a afirmativa de que a morosidade dos procedimentos judiciais, conjugada com o despreparo técnico de grande parcela dos operadores do direito, o excesso de formalismo e o apego

exacerbado ao legalismo são fontes de injustiças, de desprestígio da magistratura e comprometimento da segurança jurídica.

Pode-se tornar assente, também, que o sistema judicial “está predominantemente fundamentado em princípios individualistas, isto é, apoia-se na proeminência do sujeito de direito, do indivíduo e na sua individualidade” (ANTUNES, 1990, p. 03).

Moreira de Paula, sugere uma necessária ruptura epistemológica para a reconstrução conceitual da realidade e do discurso jurídico, a fim de direcioná-lo aos fins sociais a que se destina e de onde, como bem salienta, injustificadamente se desprende. Afirma o antedito autor: “O redirecionamento do direito – em especial do direito processual – mediante interdisciplinaridade, decorre da dilação de sua epistemologia, com ampliação de seus parâmetros conceituais” (2002, pp. 29-30).

Por estas razões, a partir do pensamento de autores ligados ao universo jurídico, que será ampliado com a visão da literatura de outras ciências sociais, temos como relevante o questionamento de que o direito processual brasileiro, produto da experiência jurídico-processual europeia, na matriz romano-germânica, estaria assentado em um verdadeiro reductionismo epistemológico e em bases positivistas que induzem à perda hermenêutica da contextualização dos conflitos.

Ter-se-ia, assim, uma crise no sistema oficial de elaboração da justiça. Seja no âmbito processual penal, seja na esfera processual civil, a crise evidencia-se não só pela precariedade estrutural do Estado-Juiz (humano-quantitativa, humano-qualitativa[ética], logística, tecnológica, material), mas principalmente em função de certas premissas que informam esse sistema: penalmente retributivo, civilmente individualista, em ambos os casos adversarial, com uma cultura de precedência do procedimento sobre o mérito das questões. Estamos diante do modelo do “duelo bem regulamentado” (ZEHR, 2008, p. 75).

Mesmo sem descurar ou deixar de honrar o sistema oficial de justiça, eis que o mesmo também possui virtudes e é produto de uma longa experiência histórica que traduz erros e acertos, temos como saliente o fato de que a ausência de resposta suficientemente satisfatória que dele dimana faz surgir o pensamento de que essa crise sugere a busca de outras formas de compreender os conflitos e suas soluções, por intermédio de novos valores e não simplesmente de novas tecnologias punitivas (HARRIS apud ZEHR, 2008, p. 169).

Trata-se, em verdade, da busca de novos paradigmas, aptos a atribuir caráter socialmente pedagógico, no sentido da reconstrução das relações inter-humanas, a partir da ressignificação do outro, por intermédio de uma visão ecológica, holística, bioética e complexa. Nesta linha de pensamento, tem-se que

a não compreensão das dimensões (sistêmicas, radicais, ontológicas(de essência) históricas...) de um problema contamina toda e qualquer direção de resolução (PELIZZOLI, 2008, p. 64).

O momento histórico-cultural vivido, aspira, consoante salienta Pelizzoli (2008, p. 65), pelo implemento de um sistema de justiça capaz de refletir permanentemente sobre o sentido e o significado de humano, de sociedade, de mundo, de alteridade, de natureza, de história, de ética, de justiça.

Deste modo, fundados em nossa experiência profissional e nos sentimentos de frustração e na percepção dos limites em relação ao sistema processual judicial, tornou-se importante alimentar a intenção de contribuir, de modo acadêmico, com estudos que apontem para o aperfeiçoamento da metodologia estatal, no sentido da melhor resolução dos conflitos que se lhes apresentam.

Nesta moldura, surgem, para nós, as proposições da justiça restaurativa como abertura de possibilidades e de realização do valor justiça diante dos limites e valores da função jurisdicional do Estado.

Para a formação do quadro comparativo que buscamos fazer sobre os modelos e valores de procedimentos de resolução de conflitos, escolhemos, dentre os elementos que expressam a técnica da justiça restaurativa, os “círculos restaurativos” que são espaços de poder compartilhado,

onde as relações se organizam horizontalmente, e os presentes têm a possibilidade de tomarem decisões compartilhadas, livres das relações de poder verticais e suas ações punitivas (EDNIR, 2007, p. 79).

Neles, não se busca o culpado ou a sanção mais adequada, mas sim uma atitude consensual concreta que atenda à consciência dos envolvidos (vítima, ofensor e comunidade), para a melhor solução do conflito.

No seu Guia de Práticas Circulares, Boyes-Watson e Pranis (2011, p. 35), afirmam que os círculos são “processos estruturados” cujo objetivo é orientar a boa comunicação das pessoas envolvidas, a formação de uma base relacional entre elas e um ambiente que propicie a decisão mais adequada para a resolução do conflito. O Círculo nutre uma filosofia de interconexão entre os sujeitos participantes. Acredita-se que uma boa base relacional, acompanhada de ensinamentos tradicionais (ancestrais), formam o alicerce dialógico adequado para a formação dos valores da prática restaurativa.

Emergirão, desta forma, na presente pesquisa, questionamentos da seguinte ordem, mesmo que complexos e não esgotáveis: em que medida os princípios vinculados ao procedimento judicial concorrem para a formação da crise do sistema oficial de justiça? Quais os valores que inspiram a sua ritualística? Até que ponto a formatação dos ritos implementados pelo sistema judicial admite interlocução com outras racionalidades rituais? Por outro lado, quais os valores procedimentais implicados na metodologia da justiça restaurativa? Como os processos circulares definem objetivos, papéis e atitudes, no seu procedimento e em que eles diferem das finalidades, funções e atos do processo judicial? Enfim, há fundamento axiológico para uma con-

tribuição dessa metodologia e dos seus valores, no sentido de aprimorar o sistema estatal?

Tais questões, parecem-nos pertinentes em razão de que, em uma época de transição de paradigmas, as inquietações acerca da ineficácia social do direito processual estatal podem provir não apenas das insuficiências estruturais do sistema oficial de justiça, mas sim, consoante afirma Boaventura de Souza Santos (2002, p. 40), da falta de confiabilidade dos nossos “mapas cognitivos, interacionais e societais”.

Daí, trazer-se à pesquisa a relação dos sistemas de justiça (judicial e restaurativo), a fim de observar a (as)simetria entre ambos, no que pertine aos seus procedimentos e correspondentes valores, particularmente no que se refere aos círculos restaurativos, a fim de fazer, desta análise, uma possibilidade de reflexão sobre a interlocução entre os modelos - escopo a ser aprofundado de fato por outras pesquisas.

Desta forma, partindo das opções sistemática e qualitativa, faremos uma abordagem metodológica dedutiva no propósito de analisar os princípios (valores) e procedimentos do círculo restaurativo e do sistema de justiça estatal, verificando os níveis de compatibilidade e/ou incompatibilidade entre ambos, além de analisar até que ponto é possível reconhecer um alicerce epistemológico de inspiração comum e que permita diálogo entre as correspondentes visões.

Vê-se, pois, que a presente pesquisa perpassará pela tentativa de manejo de elementos interdisciplinares que nos permitam chegar a observações pontuais de ordem jurídico-valorativas. Tal opção, importará em uma flexibilização na exclusividade do rigor científico, naquilo que respeita ao objeto e sua abordagem, à metodologia e bem assim à linguagem utilizadas, uma vez que o estudo não ficará restrito unicamente a um método científico.

Buscamos, pois, encontrar parâmetros epistemológicos na pretensão inicial de observar, interpretar e explicar os funda-

mentos valorativos, ritualísticos e simbólicos das justiças estatal e restaurativa, na intenção de fazer uma leitura de ambos os sistemas e de suas práticas de resolução de conflitos, sobretudo naquilo em que possam concorrer para a edificação da cidadania e da realização dos direitos humanos.

O trabalho, então, aqui desenvolvido revela a predominância de um estudo comparativo, revelado por dois eixos teóricos fundamentais, cujas temáticas ensaia-se entrelaçar: o jurídico-processual e o filosófico-valorativo (principiológico).

Na primeira perspectiva, propugnamos tematizar as questões levantadas a partir dos elementos axiológicos do sistema jurídico-processual utilizado no Brasil, fazendo uso de uma literatura em que predomina uma perspectiva crítica do direito processual, percorrendo suas várias etapas, desde o sincretismo, processualismo, instrumentalismo até os atuais estudos sobre o formalismo-valorativo, como ideias-base para nos orientar na compreensão da racionalidade jurídico-processual e a um suposto reducionismo epistêmico que governa o procedimento judicial, se comparado à perspectiva restaurativa.

Nossa orientação teórica, do ponto de vista jurídico, é marcada pela proeminência da visão do processo judicial, no viés do seu procedimento, excluindo, pois, as demais perspectivas contempladas pela ciência do Direito Processual, quais sejam, o processo como relação jurídica ou como situação jurídica (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 304 e seguintes), ainda que as mesmas, de algum modo, reflitam seus conceitos sobre a temática estudada.

De nossa parte, no entanto, inexistente a intenção de sobrelevar o procedimento às demais dimensões jurídicas do processo. A ênfase que pretendemos atribuir ao estudo, na verdade, diz respeito à compreensão dos valores rituais das justiças oficial e restaurativa, esta, especificamente no que pertine aos denominados círculos restaurativos.

Permitimo-nos atribuir ao “justo”, aqui considerado na perspectiva procedimental, o valor ético que lhe referencia (MACHADO NETO, 1997, pp. 158-159).

Para o alcance dos objetivos traçados, a pesquisa traz alguns conteúdos de legislação que serão observados na intenção de identificar os valores éticos contidos nos seus textos.

No que diz respeito às articulações específicas sobre o sistema restaurativo, trabalhamos com o pensamento de que o conflito, ou mesmo o crime, viola pessoas e relacionamentos e que tais violações implicam responsabilidades e obrigações, sem perder de vista que um viés essencial do nosso trabalho é o círculo restaurativo, seus valores informativos e sua possibilidade de contribuição para o aprimoramento do procedimento judicial.

Ainda no plano dos fundamentos e dos valores das práticas restaurativas, buscamos ampliar a nossa discussão por intermédio da filosofia, integrando à visão de justiça, ainda que sumariamente, articulações sobre ética da alteridade, comunicação não-violenta, cultura de paz e crítica hermenêutica ao Direito Liberal Moderno (PELIZZOLI, 2008, p. 63). Tais articulações acompanham o texto na medida da aproximação com seus pontos específicos.

Na instância jurídica, os principais teóricos em que nos apoiamos são: Luiz Guilherme Marinoni, pela importância de seus estudos acerca da influência dos valores do liberalismo e do positivismo jurídico sobre conceitos afetos à função jurisdicional e, também, por sua contribuição no que pertine à vinculação entre a teoria dos direitos fundamentais e o direito processual; José de Albuquerque Rocha, por sua pesquisa e ensino da Teoria do Processo, principalmente no que diz respeito à organização dos seus conceitos gerais; e na mesma vereda (da teoria geral do processo), Rosemiro Pereira Leal, pela utilidade de suas concepções críticas no que pertine à função propedêutica desse estudo. Os três juristas produzem importantes reflexões sobre o direito processual contemporâneo, cujos ensinamentos produzem criticidade e visão meta-jurídica do processo, tanto

no que se refere aos seus alicerces epistemológicos quanto por seus impactos sociais e políticos.

Particularmente quanto à dimensão jurídico-principiológica, nossas referências primordiais serão constituídas por José Cretella Neto e Nelson Nery Júnior, cujas obras já se tornaram clássicos da doutrina jusfilosófica.

Por seu turno, no que respeita às discussões acerca da justiça restaurativa e seus valores, nossos marcos teóricos são os trabalhos de Marcelo Pelizzoli, pela referência filosófica que tem constituído, particularmente no que toca à compreensão de camadas epistemológicas mais complexas da justiça restaurativa, como mecanismo de efetivação da justiça e implementação de direitos humanos; e Howard Zehr, pioneiro na formulação dos elementos teóricos sobre restauração e direito. No tocante aos estudos sobre os processos circulares, utilizaremos, como aporte central de nossas pesquisas, a produção literária de Kay Pranis.

A ideia, desta forma, é tentar analisar o cabimento e a possibilidade de influência da prática restaurativa como forma de concurso para o aperfeiçoamento do procedimento levado a efeito pelo sistema oficial de justiça.

Todo o conjunto de observações que aqui estão lançadas busca afirmar-se sob o olhar do direito humano a um sistema de justiça democrático, plural e socialmente eficaz.

O direito à justiça, como prerrogativa conquistada democraticamente, tende à produção de resultados efetivos. Superou-se, inclusive, a noção primária de que o acesso à justiça se estabelecia com a mera oferta formal do devido processo legal.

A evolução histórica demonstrou que há um carecimento específico para que o sistema de justiça produza um processo justo, na figuração jurídica, política e social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 30). Destituído de mecanismos que induzam ao respeito de direitos sociais e econômicos, o sistema de justiça importaria em mera declaração política de intenções. Diz Santos (1985, pp. 121-139):

Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por ela desempenhadas.

Acreditamos na possibilidade de aí estar compreendida uma importante razão epistemológica e de relevância social para o desenvolvimento da presente pesquisa, principalmente porque, no ambiente estritamente jurídico, supõe-se ainda tímida a ocupação com a temática da restauração da justiça e, mais acentuadamente, da sua relação com os limites do direito processual estatal.

Pensamos, pois, que o processo restaurativo, seus princípios e valores, podem, a priori, ser observado à luz de eventuais pontos de correspondência com as formas de justiça estatal, notadamente naquilo que diz respeito aos seus fins últimos, o que importará em uma reflexão do sistema jurídico-processual utilizado no Brasil, suas limitações e possibilidades de superação, a partir de uma racionalidade plural e inclusiva.

CAPÍTULO I: O PROCEDIMENTO JUDICIAL E SEUS VALORES

Las formas de solución de conflictos reflejan las culturas em las cuales han surgido.

Jerome S. Bruner

Há recorrente interesse doutrinário em buscar compreender a atuação do Estado no panorama da resolução de conflitos, ou seja, na seara de sua atividade jurisdicional, considerando principalmente as suas intenções mais recentes de atribuir maior nível de efetividade jurídica, política e social às decisões proferidas por Juizes togados e, com isto, alcançar do ponto de vista procedimental um maior nível de simplicidade formal.

O emprego de energia que disso dimana, enseja, em princípio, mais do que observar elementos da dogmática jurídica, sobretudo porque se tem visto que, malgrado o esforço expendido pelos jusprocessualistas, os resultados obtidos não sugerem o êxito que se espera.

Ainda que já se tenha percebido que os limites do processo como instrumento da jurisdição não estejam vinculados exclusivamente ao aspecto legislativo, pois a eventual imperfeição da lei processual representa apenas um capítulo da complexidade do processo, parece-nos pertinente formular um questionamento acerca dos demais aspectos que integram o acervo de problemas da atuação estatal, a fim de identificarem-se outros aspectos que impactam, dificultam ou impedem a sua plena eficácia.

A propósito, parece-nos que tais observações passam, inclusive, pelo próprio questionamento do papel que historicamente o Direito tem cumprido.

Não se trata de estabelecer uma hierarquia dos problemas do sistema oficial de justiça, mas de observar os valores que in-

formam suas práticas, notadamente naquilo que dizem respeito – e isso é o que nos interessa na ambiência desse trabalho – ao procedimento judicial, uma vez que concretizando, os princípios jurídicos, valores processuais convencionais, eles traduzem e expressam aquilo que lhes é considerado mais caro e essencial.

Por que um procedimento inspirado em princípios constitucionais aparentemente tão elaborados e produto de um considerável percurso histórico, fundados em elementos éticos tão consolidados socialmente não consegue a necessária eficácia jurídica, política e social?

A resposta a esta questão implica em dois outros problemas: será que esses princípios não estão sendo cumpridos? Ou será que não estão aptos a integralizar o sistema, revelando que ele carece de outros componentes axiológicos para tornar-se efetivamente pleno?

Não é intenção da pesquisa lançar críticas como se faltasse absoluta justificativa para o modelo de justiça oficial. Reafirmamos que o mesmo é produto de uma experiência secular que deve ser considerada em sua importância. Porém, o questionamento que eventualmente venha a ser feito impõe, na verdade, questões sobre o ajustamento, na atualidade, dos elementos axiológicos que o constituíram e o informam, pois dessa reflexão é possível que se obtenham novas racionalidades capazes de revelar a necessidade de mudanças ontológicas, deontológicas e teleológicas.

As próprias reformas processuais de ordem legislativa, observadas no direito processual civil e penal brasileiros, têm buscado superar o momento histórico que sugeria um processo judicial comprometido apenas com a realização científica do direito processual, desatento e desapegado da realidade econômica, política e social em que esteve inserido.

Um dos mais salientes aspectos da mudança de atitude do legislador e do operador do processo, decorre da elevação dos princípios à qualidade de categorias normativas, de forma

que se passou a pensar na aplicação do direito à luz dos valores das normas e não apenas da literalidade emanada dos textos legais.

Parece-nos possível, assim, identificar preocupação na comunidade jurídica – aqui considerada em particular, em face de ser por intermédio dela que se manuseia o processo judicial (convencional) – sobre a necessidade de ressignificar aspectos do direito processual e, por conseguinte, da operacionalidade do instrumento-processo como ferramenta de realização de justiça, a fim de adaptá-la aos reclamos da contemporânea conjuntura sócio-política, cultural e econômica, constitutiva da complexidade de nossa época.

Repensar a forma estatal de resolução de conflitos significa não apenas repensar o direito processual, mas fazê-lo reconsiderando o próprio direito e os valores que pretende realizar. Essa perspectiva, valorativa, representa a essência dessa nossa investigação.

1.1. Importância do procedimento judicial na tradição jurídica brasileira

A teoria que se ocupa dos estudos do direito processual, é recorrente em abordar o tema da ritualística judicial formulando, de início, a distinção entre “processo” e “procedimento”.

Diz-se que processo é instrumento da jurisdição, é a ferramenta considerada abstratamente para que o Estado legitime juridicamente sua atuação no tocante ao julgamento das causas que se lhe apresentam. A função do Estado, no manejo do processo judicial, é afirmar e/ou concretizar o Direito (ROCHA, 2009, p. 185).

Insere-se, pois, o instrumento-processo, em uma figuração abstrata e genérica que expressa uma ideia de operacionalidade, cujo objetivo está voltado para a declaração de existência ou inexistência de um direito (processo de conhecimento) ou de sua

concretização (processo de execução), sempre nas hipóteses de eclosão de um litígio.

Importa considerar, neste quadrante inicial, que a abstração do processo judicial é decorrência do fato de o mesmo projetar e representar a feição política do Estado, no claro exercício de um de seus poderes: dirimir, a seu modo, conflitos de interesses concretos, cumprindo a função (jurisdicional) que tomou para si.

De outra sorte, esse instrumento, marcado e revestido pela força estatal (coercibilidade) também há de ser compreendido na perspectiva fenomenológica, ou seja, dentro de uma dimensão objetiva, de realidade material. Surge então uma metodologia de trabalho que indica os passos legais e éticos a serem dados até que se obtenha a decisão final sobre o caso concreto.

Nesta dimensão, do processo como fenômeno, o mesmo se encaixa tanto em uma perspectiva temporal, quanto em um caráter procedimental, este, por seu turno, eivado da ideia de complexidade, progressividade e interdependência de atos (ROCHA, 2009, p. 186).

O processo judicial, enquanto procedimento e no viés de sua operacionalidade, constitui e leva a efeito um conjunto de atos articulados e voltados para uma finalidade comum: a solução do litígio que advirá por meio de uma decisão (sentença, acórdão) que produzirá um efeito jurídico final.

Desta forma, ao passo que o processo, enquanto conceito, é ferramenta do Estado na qualidade de ente julgador, o procedimento revela “como” o poder que daí decorre será exercido: por meio de que atos, submetido a que limitações, cumprindo que rituais, inspirado por quais valores. Além disso, importa ao procedimento identificar, do ponto de vista subjetivo, “quem” está legitimado para postular em juízo e para responder à postulação e “quem” está autorizado a proferir o julgamento. Encontra-se, aí, a definição sobre o que os sujeitos que atuam

no processo (partes, juízes, advogados) deverão/poderão fazer: como, quando, onde e em que lapso temporal, para alcançar o resultado final almejado.

Nossa abordagem acerca do procedimento, tomará por referência elementos comuns relativos aos procedimentos civil litigioso e penal, uma vez que, mesmo distintos quanto aos resultados que aspiram, possuem uma diretriz valorativa constitucional básica e que se aplica em ambos os casos. Esta opção é feita em razão dos próprios objetivos deste trabalho que não pretende imiscuir-se de forma exclusiva e aguda em apenas um dos modelos, mas naquilo que sobressai em ambos.

Vale dizer, ainda, que há autores que sustentam ser o procedimento o conjunto de normas que regulam formalmente as condutas, os lugares e os prazos a serem observados, assim como há aqueles que citam não apenas as normas mas os próprios atos efetiva ou potencialmente realizados pelos sujeitos processuais.

O procedimento representa o processo na sua essência etimológica: “procedere” (caminhar para frente, ir adiante). É o que Vicente Greco Filho chama de aspecto exterior do processo, marcado pela sucessão de atos ordenados dentro de um modelo previsto em lei (2010, p. 58). A variedade de procedimentos dá-se em função das especificidades e da complexidade das demandas.

Tal como afirma José Roberto dos Santos Bedaque, o processo nada mais é que um método de trabalho e pode ser examinado e compreendido pelo ângulo da sequência de atos que constituem o procedimento, que é produto da experiência histórica por meio da qual o Estado formulou técnicas que reputa adequadas para a resolução de conflitos (BEDAQUE, 2006, p. 35-36).

Daí resulta um dos elementos de sua importância: como expressão daquilo que historicamente se vivenciou, o procedimento judicial regula a atuação estatal e bem assim dos entes implica-

dos no litígio, no propósito de que ajam dentro da racionalidade estabelecida pela lei, à luz de certos valores (princípios) e sob o questionamento de serem (ou não), tais valores, aplicáveis nos dias atuais e diante da reconhecida complexidade dos conflitos existentes.

1.2. Fundamentos axiológicos do procedimento judicial: os princípios e seu papel na estruturação dos rituais aplicados à forma estatal de resolução de conflitos e obtenção da justiça material

O ser humano subjaz à necessidade de alcance de certos objetivos individuais e comuns, extraídos dos valores que acolhe como fundamentais para sua existência.

Miguel Reale, salienta que “viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, por dois ou mais valores” (2000, p. 26). Disso surgem os elementos da produção cultural humana, eis que a satisfação de certas necessidades pressupõe a escolha e realização de certos valores.

Com efeito, esses valores atribuem sentido e orientação à praxis humana. Desta forma, tal como positiva Antônio Luiz Machado Neto (1987, p. 151), existe uma “região de objetos” – os valores – em razão dos quais as atividades e criações humanas se justificam.

Assim, o valor Justiça, objeto formal e material do Direito, consubstancia um dos elementos essenciais da vida em coletividade, cuja operacionalização exige e impõe referências éticas, constituídas a partir dos princípios que cada grupo social procura e escolhe. Esse referencial ético é necessário à vida comunitária. O próprio Reale lembra que a norma ética implica na escolha de uma “diretriz considerada obrigatória numa coletividade” (2000, p. 33).

Neste passo, o legislador, exercendo o mister de elaborar a norma *lato sensu*, mas também aquela de caráter processual, o

faz, em tese, considerando componentes axiológicos observados na própria vida social, tentando acolher, naquilo que implica em direito processual, formas coletivamente aceitáveis de resolução dos conflitos de interesses, tornando, esse lastro axiológico, não apenas elemento, mas verdadeiro fundamento de legitimidade (ética) da norma.

A título exemplificativo, pode-se mencionar a perspectiva valorativa de que ninguém pode ser condenado sem que se lhe permita formular uma defesa. Como decorrência desse preceito ético, desse “princípio”, surgem no texto constitucional (art. 5º, inc. LV, CF/88) as normas relativas ao contraditório, à ampla defesa (v.g., o direito de informar-se e de reagir àquilo que contraria o interesse do litigante) como essenciais à validade do processo judicial.

Em outra situação, tem-se como fundamental a regra de que a decisão proferida pelo julgador deve possibilitar amplo conhecimento de seu conteúdo. Tal circunstância nada mais é que a imposição da publicidade como forma de impedir e coibir atos secretos e eventualmente violadores da dignidade de quem é submetido ao julgamento (art. 5º, inc. LX, CF/88).

Desta forma, pode-se compreender que os pressupostos axiológicos (princípios ético-valorativos) que vigoram na vida social e constituem, tal como o diz Genaro Carrió (1970, p. 34 e seguintes), a denominada consciência jurídica popular, são formalmente conduzidas ao interior dos textos legais (denominados regras jurídicas) para servirem de alicerces éticos da norma e atribuir-lhes esse nível de legitimidade, de modo a permitir-lhe eficácia social, já que a revestem, na expressão de Montoro (1999, p. 364), da dignidade imposta pela natureza social da pessoa humana.

Os princípios agregados à norma jurídica são, em verdade, “princípios de justiça” estabelecidos historicamente e culturalmente. Vê-se que há uma espécie de depuramento da norma positiva, a fim de fazê-la superar a compreensão do Direito como simples decorrência da literalidade legal.

O Direito, por força de seus princípios, assume-se como ramo do conhecimento inspirado por valores que tendem (ou devem tender) ao alcance do que, coletivamente, se entenda como justo.

Não se deixa, pois, ao livre critério do legislador ou do aplicador a definição, o arbítrio, do que eles voluntariamente entendam por justo. Compete a ambos, observando a dinâmica da vida coletiva e a ética que a inspira, construírem politicamente uma ideia de justiça que esteja integrada a essa vida coletiva.

Etimologicamente, a palavra sentença (*sententia*), do latim, expressa a ideia de julgamento, opinião, pensamento, como decorrência do sentire, do “perceber”, do “sentir”, do “sentimento”. Porém, sentimento de que? De justiça, captado da ética comunitária de onde a causa surgiu e que demanda uma definição, uma decisão.

Dentro de uma perspectiva analítico-dogmática, a questão dos princípios propicia, ainda, a compreensão da estrutura do ordenamento, assegurando-lhe unidade lógica.

Conceitualmente, o entendimento do que vem a ser princípio consolida-se a partir daquilo que representa a “essência de uma ordem”, ou seja, os “parâmetros fundamentais” (ROCHA, 1994, p. 21) do sistema, implicando na procedência de certos qualificativos que constituirão a própria *ratio juris* da norma. Neste fio de racionalidade, está a definição clássica de José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 49), onde se afirma serem os princípios “ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas”, e portanto representam a base das normas jurídicas.

A compreensão do objeto “princípio”, para o Direito, demanda a priori o domínio de significações exteriores ao conhecimento jurídico, à vista de seu conteúdo predominantemente axiológico. José Cretella Neto (2002, p. 11) articula que tal investigação sequer compete à Ciência do Direito, uma vez que encontra espaço natural no campo da Filosofia.

Assim, os princípios condensam o viés ético experienciado coletivamente e que, observado pelo legislador, são integrados à norma positiva como seu fundamento e legitimação.

Os princípios, desta forma, revelam-se não apenas como elementos advindos da natureza jurídica da norma de Direito, mas também são dados a conhecer na dimensão política, ideológica e social, todas demonstrativas das opções fundamentais da noção de Estado e de Sociedade, concebidas em dado momento histórico.

Importa considerar, ainda, que os princípios denotam significativo grau de abstração e generalidade, especialmente se comparados à regra jurídica, de base textual. Tal fato, no entanto não lhes retira a dignidade normativa nem a qualidade de determinantes da atuação estatal (QUEIROZ, 2000, p. 27), mormente em face de que esses qualificativos são materialmente extraídos da própria vida em sociedade.

Neste teor, ainda que se revele apta, do ponto de vista da validade formal, a norma jurídica desveste-se de sua legitimidade se não expressar, em seu conteúdo, uma dimensão ético-social, ou seja, uma base valorativa que lhe atribua validade social.

Toda norma jurídica, inclusive no ramo do direito que se ocupa com as formas de resolução de conflitos (direito processual), deve configurar-se a partir dos supostos de natureza axiológica do modelo sócio-cultural a que pertence, de sorte que expresse o modelo eticamente construído e eleito em cada povo.

1.2.1. A dignidade normativa constituída a partir de princípios e regras

Os princípios possuem um núcleo de normatividade, de modo que servem, juridicamente, como diretriz e orientação de comportamentos e bem assim de compreensão do sistema considerado na sua integralidade e em suas particularidades. Têm,

pois, força vinculativa, no sentido de que se lhes reconhece eficácia normativa. Tal pensamento, contudo, é produto de estudos mais recentes, uma vez que, classicamente, reconhecia-se nos princípios apenas uma qualidade estruturadora do sistema jurídico, mas não elementos de legitimação, compreensão e aplicação como modalidade normativa.

De todo modo, a doutrina jurídica atual sugere que os princípios, enquanto valores informativos do Direito, assim como as regras que constituem a disposição textual e positiva desse sistema, são espécies do gênero norma jurídica.

Do ponto de vista da validade da norma jurídica, é cediço na doutrina do Direito fazer-se referência à distinção entre regras e princípios, pois em caso de colisão de regras, há critérios específicos para sua superação: a vigência (entre leis que colidem, pode-se afirmar, inicialmente, que apenas uma delas é vigente), a atualidade (entre leis antagônicas, a mais atual revoga a mais antiga) e a especialidade (lei especial prevalece sobre a lei geral).

Por seu turno, entrecruzando-se princípios inicialmente discrepantes, os critérios utilizados para verificarem-se os valores neles contidos e constatação da eventual antinomia, dizem da necessidade de fazer valer e predominar os princípios sistematicamente mais relevantes, aplicando-se uma verdadeira hierarquia de valores, em um veio de fundamentação mais sócio-política que jurídica.

Diversamente do que ocorre com os princípios jurídicos, o uso de valores hierarquicamente mais importantes não vigora no caso das antinomias das regras jurídicas, uma vez que o antagonismo de seus conteúdos revela que uma delas deve ser expungida do ordenamento, em razão de sua invalidade, solucionando-se assim a questão.

Outras significativas modalidades de distinção podem ser usadas para o fim de separar analiticamente princípios e regras. Exemplo disso é a verificação do nível de abstração

que, nos princípios, é mais acentuada que nas regras jurídicas, uma vez que, estas, positivadas, guardam elementos que tendem a se expressar mais objetivamente.

Não há que se falar, no entanto, da radical dissociação jurídica entre princípios e regras. Ambos podem, em certa medida, complementarem-se, uma vez que os princípios, revelando o conteúdo axiológico da norma, a legitima e permite melhor compreensão sobre seu conteúdo. As regras, por sua vez, como componente textual e documentado da norma, ao condensarem os princípios, permitem um grau de objetividade mais exposto e, portanto, menos acomodado a subjetivismos e voluntarismos.

A subsistência de uma ordem jurídica unicamente caracterizada por princípios, resultaria em indeterminação e insegurança, passível de confusão e arbitrariedades. Por outro lado, a consolidação de um ordenamento vinculado apenas a textos legais, desprovido de preocupação com os conteúdos valorativos que os informam importaria em uma racionalidade prática precária, pois, consoante afirma Canotilho (1992, pp. 171-172), “exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida”, o que, diante dos movimentos típicos do modo contemporâneo de viver implicaria, também em imprevistos, insegurança e desordem.

1.2.2. O elemento funcional dos princípios

Para que servem os princípios? Na ambiência da ordem jurídica, a resposta vincula-se à recorrência de um triplice papel: a função de revestir a norma de legitimidade ética (valorativa), a de permitir a compreensão dessa norma e a de completar o ordenamento legal, nas hipóteses de lacunas da legislação.

Diz-se que no aspecto vinculado aos valores sociais da norma, os princípios produzem a legitimação dessa norma, no plano de sua validade ética.

Quanto à sua função hermenêutica, os princípios possibilitam que a norma se revele, desde sua essência, a fim de ser compreendida na sua máxima amplitude e, por conseguinte, ser aplicada segundo a opção valorativa da sociedade. É o elemento hermenêutico que permite alcançar tanto a *ratio legis* quanto a *mens legis*.

Por fim, os princípios qualificam-se pela normatividade que lhes é reconhecida, de modo a servirem como forma de integração (complementação) do ordenamento legal, na eventualidade de inexistir regra positiva capaz de resolver concretamente um conflito de interesses.

Em síntese, José de Albuquerque Rocha (2009, p. 29-30) identifica, nos princípios, as funções fundamentadora da norma jurídica, orientadora de sua interpretação e de fonte subsidiária do Direito.

1.2.3. Princípios constitucionais vinculados ao procedimento judicial

Na evolução e afirmação da experiência jurídico-processual moderna, o Estado reservou a si a incumbência de pacificar a vida coletiva, de modo que elabora e edita normas com o propósito de resolver conflitos de interesses, à luz do que ele próprio estabelece, a título de direito material.

Em verdade, o Estado liberal, no intuito de criar mecanismos de frenagem relativos ao absolutismo, elevou a legalidade à condição de princípio fundante da organização social e tornou-a impositiva (MARINONI, 2006, p. 23).

A atividade estatal, no que se refere à existência real ou potencial de litígios, opera-se sob dois âmbitos distintos: legislação, que configura abstratamente os bens da vida que devem ser alcançados e, inclusive, antevendo os conflitos potenciais; e jurisdição, que instrumentaliza, por meio de técnicas, meios para dirimir os conflitos que, ultrapassando a dimensão da hipótese, incidam concretamente no mundo real.

O processo judicial é, pois, a ferramenta ou, na expressão mais recorrente da doutrina jurídica, o instrumento por intermédio do qual o Estado enfrenta os conflitos ocorrentes na vida social, no intuito de dirimi-los.

Nada obstante, o Estado não tem arbítrio sobre os mecanismos dessa resolução de conflitos. Antes, compete-lhe a tarefa de operar racionalmente o instrumento-processo, salvaguardando um conjunto de direitos dos litigantes (direito de defesa dos seus interesses, direito de produzir prova, direito de recorrer da decisão).

Essas garantias somente são implementadas se inseridas em uma realidade que imponha, ao Estado-juiz, a observância de certas formalidades que se realizam no procedimento.

Sendo, o processo judicial, instrumento pertencente ao Estado, tem ele natureza preponderantemente pública. Por sua vez, sendo público, o processo impõe-se por normas que garantam a instituição e a manutenção de uma ética ajustada ao anseio social, no sentido de que os conflitos concretamente existentes na vida coletiva demandem resolução transparente (princípio da publicidade) e sem arbitrariedades (motivação das decisões judiciais), a fim de se alcançar efetiva justiça.

Considera-se essa pré-existência, na definição de normas processuais, em tamanho grau de relevância que o ordenamento jurídico-processual (convencional, estatal) configura-se a partir de uma matriz constitucional que insere, no direito processual infraconstitucional, garantias fundamentais para os litigantes e ajusta o instrumento-processo à aspiração jurídica advinda de um Estado Democrático de Direito. “Não se pode dissociar o grau de democratização de uma sociedade com o grau de efetividade de seu ordenamento jurídico” (OLIVEIRA; MELO, 2006, p. 68).

Do ponto de vista jurídico-político, segundo Marinoni (2006, p. 63), as principais características do Estado Constitucional são:

a subordinação da lei à norma constitucional, a transformação do princípio da legalidade e da ciência do direito, a rigidez da Constituição, a plena eficácia jurídica de suas normas, a função unificadora da Constituição, assim como a imprescindibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de sua omissão e de a lei ser aplicada sempre de acordo com a Constituição.

A Constituição Federal irradia, pois, os princípios que fundamentam o direito processual, considerando-os a partir do chamado princípio do devido processo legal (art. 5o, inciso LIV), de origem anglo-saxônica (*due process of law*), implicando na noção de processo justo. Equivale, segundo José Cretella Neto (2002, p. 40), a um efetivo megaprincípio, pois evidencia diversos subprincípios que lhe dão corpo. Forma-se, desta maneira, um sistema composto por regras que limitam o poder estatal, a fim de que o mesmo, ao exercer sua função de dirimir conflitos de interesses concretos, atue dentro de parâmetros éticos.

Daniel Neves, aborda a temática, pontuando que:

o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público. (2016, p.223-224).

Existe dissonância teórica sobre o devido processo legal, no que concerne a ser ele um direito ou uma garantia. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra (2001, p. 278) positivam que se cuida mais de garantia do que de um direito. Contudo, seja direito ou garantia, a repercussão do princípio sobre o mundo real será a mesma, posto que o devido processo legal expressa um conteúdo normativo que abrange um conjunto de princípios

que visam a assegurar o elemento justiça, no processo judicial, por intermédio de direitos relativos à ação, à defesa, à prova, à decisão, ao recurso.

Importa renovar a compreensão de que “princípio do devido processo legal” não persegue tão somente a ideia de justiça relativa às formalidades do procedimento, ao percurso procedimental. Busca, também, criar meios, caminhos com aptidão para a realização de justiça no que tange ao direito material, inclusive no que se refere à efetividade da tutela jurisdicional (NERY JR. 1999, p. 35). Tal entendimento surge do fato de que garantir acesso à justiça e igualdade de tratamento às partes, seria, por si só, insuficiente caso, ao final de cada tramitação processual, a sentença judicial não correspondesse ao anseio do direito material ou dele não adviesse uma providência concreta, efetiva. O conteúdo do princípio do devido processo legal assume, pois, uma dúplice ideia: justiça formal e justiça material. Esse conteúdo aspira assumir-se como fundamento para o alcance de uma ordem jurídica justa, definida inclusive sob critérios de razoabilidade e proporcionalidade (CRETELLA NETO, 2002, p. 45).

Nelson Nery Júnior (1999), abordando os princípios constitucionais do processo civil, os enuncia na seguinte ordem: princípio da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões.

Dentre estes subprincípios, faremos alusão, a seguir, ainda que de forma breve, àqueles que incidem diretamente sobre o procedimento, considerado da etapa de postulação até a fase de decisão, a saber: o princípio do juiz natural, por meio do qual se define perante “quem” a demanda será apresentada para conhecimento e julgamento; o princípio da isonomia, onde se estabelecem critérios para o tratamento que o órgão julgador dará às partes; o princípio do contraditório, de onde decorre o direito de informar-se acerca da existência de uma ação, dos atos processuais e bem assim do poder de apresentar razões no propósito de

interferirem no convencimento do juiz (aqui incluindo o direito de recorrer da decisão); o princípio da proibição da prova ilícita; o princípio da publicidade dos atos (movimentos) processuais; e o princípio da motivação da decisão, enquanto forma de o juiz expressar, formalmente, na sua decisão, os fundamentos que o induziram a determinado convencimento.

O princípio do juiz natural, estabelecido no art. 5o, incs. XXXVII e LIII, da Constituição Federal, refere-se ao juiz que deve ser provocado para julgar a causa (juízo competente) e integra-se com a expressa vedação de existência de tribunais de exceção. Competente é o juiz que recebe parcela da jurisdição para atuar em certo território, em certo tipo de causa ou em certa etapa do procedimento. A premissa do juiz competente decorre da necessidade de ordem prática de distribuir o trabalho jurisdicional, haja vista a impossibilidade de um só julgador atender a todas as demandas, com suas peculiaridades e em toda extensão territorial do país.

Assim, parcelas de jurisdição são delegadas a vários órgãos (personificados em juízes de direito), na intenção de concretizar a função do Estado.

Por seu turno, tribunais de exceção, explícitos nos Estados totalitários e, desta forma, incompatíveis com o Estado de Direito e, mais ainda, com o Estado Democrático de Direito, são aqueles criados *ex post facto* ou *ad personam* (NERY JÚNIOR, 1999, p. 67), ou seja, aqueles criados após a incidência do fato conflituoso ou para julgar certas pessoas.

Princípio da isonomia (art. 5o, caput, CF/88), reflete o sentido de igualdade que deve pesar sobre o sistema jurídico-processual estatal. O juiz de direito, nesse viés, deve, em um primeiro momento conceitual, manter-se equidistante das partes, assegurando-lhes tratamento isonômico durante o encaminhamento da marcha procedimental, evitando-se desse modo concessões e/ou favorecimentos unilaterais que desvirtuariam o sentido de imparcialidade da função jurisdicional do Estado.

Além de assegurar equidistância, esse princípio propicia igualdade substancial, que se concretiza pelo clássico entendimento de tratamento igual aos iguais e desigual, aos desiguais. Assim, estando autor e réu em condição de igualdade material, o tratamento isonômico torna-se jurídica e eticamente impositivo. De outra parte, estando ambos em posições materialmente distintas, revelando-se situação de superposição de uma parte em relação à outra, a responsabilidade que se atribui ao juiz é, por intermédio da concessão de privilégios à parte mais vulnerabilizada na relação processual e que, por isso, se encontra em situação de inferioridade, fazê-la “formalmente” igual, concedendo-lhe meios processuais para produzir equilíbrio no embate procedimental.

À vista disso, v.g., a criança que almeja a concessão de verba alimentar recebe o privilégio de discutir a causa em seu foro, uma vez que a lei processual, o compreende em situação de inferioridade formal (se comparado ao alimentante). Vê-se, em situações desta ordem, que prerrogativas são concedidas no intuito de igualizar-se uma relação desigual.

Observa-se que a lei oferece esses privilégios unilaterais, com o deliberado propósito de criar uma desigualdade processual, a fim de equilibrar uma relação processual marcada pela desigualdade material (real) entre as partes.

Princípio do contraditório e ampla defesa. O procedimento estatal de resolução de conflitos, funda-se, no que diz respeito à comunicação entre os sujeitos implicados na relação processual, em uma perspectiva dialética. É a formação de argumentos e contra-argumentos que estabelece o caráter do princípio do contraditório e ampla defesa.

A abordagem tradicional desse princípio, positiva ser o mesmo produto da “bilateralidade da audiência” das partes que, por seu turno, resulta na “paridade de armas” e propicia, aos litigantes, idênticas oportunidades de atuação processual.

Com efeito, Piero Calamandrei (1999, p. 192) já articulava que a bilateralidade da ouvida das partes é atributo tanto do direito de ação quanto do processo. É bilateral porque se constitui (na relação jurídico-processual contenciosa) minimamente por dois sujeitos detentores de interesses materiais distintos.

À marcha procedimental atribui-se uma visão dualista (BRAGHITONNI, 2002, p. 6), uma vez que revela as perspectivas de quem move a ação judicial, expondo e atuando em função de sua pretensão, e do réu, agindo no propósito de legitimar sua resistência à pretensão inicial. A discussão processual cria um “fluxo e refluxo de argumentos, provas, contra-argumentos, contraprovas, decisões e impugnações” (LIMA, 2002, p. 188).

Há estudiosos, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 79), que consideram que o contraditório, como subprincípio, decorre do princípio da igualdade, já que este impede a concessão de privilégios unilaterais, no trâmite processual.

Outro aspecto que merece atenção e comentário, é a duplice natureza do conteúdo do princípio do contraditório e ampla defesa. Em primeiro instante, contraditório e ampla defesa implicam no direito à informação acerca da propositura de ação judicial contra si e de terem, as partes, ciência de todas as atividades procedimentais realizadas na tramitação de cada demanda; a posteriori, consubstancia-se o direito de contrapor-se à argumentação e à produção de provas levada a efeito pelo adversário e bem assim o direito de impugnar as decisões com as quais a parte não concorde e que lhe causem prejuízo.

Garantir informação para as partes acerca dos acontecimentos processuais (ação, defesa, argumentos, prova) e, do mesmo modo, permitir defesa ampla dos seus interesses é pressuposto de validade processual.

Contudo, o requisito de validade não se refere ao fato de os litigantes efetivamente reagirem ou não, mas à exigência de que tenham a efetiva oportunidade para fazê-lo. Trata-se de

uma norma cogente, imperativa para o juiz, que, no exercício da atividade de dar direção ao processo, deve assegurar para os litigantes a real oportunidade de argumentar e contra argumentar, produzir e contraproduzir provas. Já para as partes (autor e réu), a referida exigência, na seara processual civil, importa em uma faculdade que se lhes dá, ficando a critério dos contendores verificar a conveniência de defenderem ou não seus interesses. Por seu turno, na esfera do direito processual penal, o contraditório diz-se real, ou seja, é impositivo, de modo que se o acusado não apresentar defesa, o juiz nomeará um defensor para fazê-lo.

O princípio do contraditório representa, ainda, um componente de segurança para o próprio ente julgador. Ao deduzirem suas pretensões, seus argumentos e suas provas, os litigantes cooperam com a atividade do juiz, possibilitando a maturação do seu convencimento, no que respeita à resolução mais razoável do litígio. Marques de Lima afirma a “estrutura cooperatória do processo”, cuja função é instalar um ambiente propício para compreender melhor a complexidade da questão e a decidir com maior firmeza (2002, p. 52-53). A configuração colaborativa dos sujeitos em litígio e nos moldes da racionalidade jurídico-processual imperante, impõe lealdade recíproca e boa-fé dos contendores, estabelecendo, inclusive, sanções para a hipótese de inobservância.

Na esteira da possibilidade de produzir prova, as partes do processo judicial atuam no sentido de afirmar a versão dos fatos que, a seu juízo, deve prevalecer. A disciplina do direito probatório está inserida tanto no campo do direito material quanto do direito processual, uma vez que, como lembra Arruda Alvim (2006, p. 456), sua produção no processo não tem por escopo atuar na esfera de convencimento da parte contrária, mas também – e principalmente – na formação da convicção do juiz.

Segundo a doutrina jurídica tradicional, o conceito de prova envolve dois elementos que lhe estruturam a compre-

ensão: (1) representa-se por uma atividade processual, desenvolvida pela parte ou pelo juiz; (2) cujo objetivo é convencer o julgador da existência dos fatos alegados pela parte que a produz (OLIVEIRA, 2005, p. 121).

O Professor Vicente Greco Filho (2010, p. 180) traz à memória a perspectiva etimológica de ‘prova’ (derivação de “probatio”, do verbo “probare”) para atingir sentido equivalente ao de examinar, persuadir, demonstrar.

Constituindo uma atividade processual, a prova é o meio que a parte usa para convencer o juiz da verdade (ou da verossimilhança) dos fatos que deduz para fundamentar seu interesse. Alexandre Freitas Câmara, positiva que prova “é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa (2016, p. 242).

Com efeito, o juiz para decidir necessita de informações e dados e a forma de inserir tais elementos nos autos, é que configuram a noção de prova.

Em princípio, lícita é a prova catalogada no ordenamento e, do mesmo modo, aquela moralmente legítima. Contrariamente, ilícita é a prova que desrespeita uma norma material ou processual (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 314-315). Uma vez ilícita, a Constituição Federal veda-lhe eficácia, em face do que não pode ser inserida nos autos nem considerada processualmente, para fins de fundamentação de uma decisão. A inadmissibilidade da prova ilícita é um dos componentes valorativos mais importantes, em matéria de produção de provas.

No que concerne ao princípio da publicidade da atividade jurisdicional, convém destacar que o Estado Democrático formalmente não pretende tornar-se cúmplice de arbitrariedades nem de abuso de poder. Neste sentido, há uma carência de ordem política de instrumentalizar critérios de controle dos atos estatais, dentre eles, os atos jurisdicionais.

Entre as práticas que se busca impedir, estão os atos sigilosos, potencialmente lesivos à dignidade da justiça.

Assim, essa orientação política do Estado Democrático de Direito vislumbra a eficácia e a repercussão positiva que a publicização dos atos judiciais propicia, uma vez que permite efetiva fiscalização e manutenção de uma ambiência de respeitabilidade e confiabilidade na atuação dos julgadores. Rui Portanova observa que a publicidade é um “anteparo a qualquer investida contra a autoridade moral dos julgamentos” (1999, p. 168).

A Constituição Federal (Arts. 5o, LX e 93, IX, CF/88), admitindo a relevância desse componente político, cria comandos imperativos acerca da publicidade dos atos judiciais. É mediante essa diretriz que audiências e sessões de julgamentos são abertas ao público e, o manuseio de autos processuais, objeto de consulta e de certidões (v.g., art. 141, V, do atual Código de Processo Civil). Por óbvio, em função da natureza de certas discussões, situações existem que excepcionam a regra da publicidade, porém, não a desfigurando por completo, mas apenas a restringido às partes e correspondentes advogados.

Com efeito, apesar de alicerçar-se em disposição constitucional, a publicidade não se aplica inexoravelmente em todos os feitos judiciais. Repise-se, existem situações capazes de gerar constrangimentos, humilhações, alarme. Nestas hipóteses, a racionalidade do procedimento judicial tem por bem restringir o conhecimento das circunstâncias processuais exclusivamente às pessoas vinculadas à causa.

Mesmo que a transparência dos atos processuais importe em significativo fator de controle democrático da atuação judicial, tem-se que a salvaguarda da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas (art. 5o, X, CF/88) são situações que justificam, do ponto de vista axiológico, o excepcionamento da regra.

Nestas hipóteses, versando a discussão processual sobre certos direitos e, do mesmo modo, sobre interesses públicos que

demandem conveniência, deve a causa ou o ato se processar em sob sigilo judicial (art. 189, Código de Processo Civil; art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal; art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 770 da Consolidação das Leis do Trabalho), admitindo-se o acesso do seu conteúdo tão somente às partes e aos seus advogados.

Por fim, ainda no que respeita ao veio principiológico do direito processual, delineado a partir da Constituição Federal, convém expor o princípio da motivação das decisões.

Assim, entende-se por motivar uma decisão o fato de o juiz atribuir o dever de indicar as razões e fundamentos capazes de justificar o seu convencimento e decisão, como ele se formou, sob o critério da livre apreciação das informações (provas) constantes dos autos. É a ocasião em que o juiz articula o seu raciocínio sobre a existência ou inexistência de fatos e direitos, relacionados à causa. Verifica-se, por intermédio dessa fundamentação, a efetiva imparcialidade do julgador e a legalidade e justiça de seu ato decisório. Revela-se, assim, pela motivação da decisão, as premissas sobre as quais incidiu a lógica invocada pelo julgador para decidir e fixar a norma concreta que irá dirimir o conflito de interesses (THEODORO JR., 2015, p. 585).

Inexistindo motivação, a decorrência imposta pelo sistema processual é a nulificação do decisum (Art. 93, IX, CF/88).

1.3. Limites do procedimento judicial: insuficiências e crises

Mesmo que inexista, no presente trabalho, a intenção de dar centralidade aos problemas que resultam na ineficácia da justiça estatal, temos como oportuna a abordagem, ainda que sumária, de limitações do sistema judicial, no que concerne a alguns elementos que interferem na concretização do procedimento por meio do qual se propõe obter justiça.

Nesse momento, faremos uma breve articulação sobre a interferência desses limites nas diversas crises do sistema jurídico-processual estatal, produto não somente de pesquisa for-

mal, mas de nossa observação empírica nestas duas décadas de atividade processual.

Em notável identificação do assunto, José Eduardo Faria (2002, p. 12), salienta que há três grandes crises estruturais que, dentre outras, interferem na eficácia do sistema de justiça, a saber:

No plano socioeconômico, uma crise de hegemonia dos setores dominantes; no plano político, uma crise de legitimação do regime representativo; e, no plano jurídico institucional, uma crise da própria matriz organizacional do Estado brasileiro, na medida e que este parece ter atingido o limite de sua flexibilidade na imposição de um modelo simultaneamente centralizador e corporativo, cooptador e concessivo, intervencionista e atomizador, quer dos conflitos sociais, quer das próprias contradições econômicas.

Tais crises impactam, como dito, o modelo organizacional do Estado, inclusive na função jurisdicional, cujo instrumento habilitado para a resolução de conflitos é o processo judicial. O próprio Faria revela que as crises têm origem associada à natureza do modelo burocrático-autoritário do Estado brasileiro que, mostrando-se incapaz de redefinir-se enquanto instância de desenvolvimento, seja revendo sua proposição política ou suas bases de sustentação filosóficas, entrou em colapso. Eis, então, um considerável fator que revela a incapacidade do Estado de dar resposta rápida e eficiente às demandas que se lhes apresentam.

Para agravar essa tecitura, os novos tipos de conflitos, decorrentes de uma sociedade cada vez mais inconstante, desafiam uma instituição judicial (1) enrijecida, do ponto de vista organizacional; (2) arcaica, na perspectiva da cultura técnico-profissional; (3) formalista, no viés burocrático; e (4) ritualista, no sentido procedimental (Faria, 2002, p. 17).

Acrescente-se a isto uma precária estrutura humana e tecnológica. É nessa paisagem que urge repensar não apenas a lógica dos processos, mas também a racionalidade e os valores que fazem mover o próprio Estado.

Sob o aspecto da crise do Direito, invocando Norberto Bobbio (1995, p. 132-133), importa dizer que as concepções advindas da racionalidade juspositivista, ao considerá-lo, não como um valor, mas como um fato; não como educação, mas como coerção; não como mecanismo em constante reelaboração e aprimoramento, mas como estrutura coerente e completa; não como indutor de uma hermenêutica sistêmica, mas mecanicista, têm sido consideradas insuficientes para enfrentar os diversos tipos de conflitos, notadamente no que pertence à complexidade que lhes tem sido peculiar, no momento contemporâneo.

Identificamos, neste passo, a compreensão de positivismo jurídico como consagração teórica da razão instrumental (SALIBA, 2009, p. 63).

Ainda que o positivismo jurídico seja um dos fatores mais apurados da formação dos juristas, os severos questionamentos que pesam sobre sua aplicabilidade, na atualidade, trazem fortes componentes para a crise do legalismo. Afirma Cassio Scarpinella Bueno (2014, p. 92):

Hoje ninguém mais poderá colocar em dúvida que o estudo do direito, mesmo o estudo científico do direito, já não pode mais ser entendido como fenômeno de “neutralidade” ou de “pureza” no sentido de afastar, por completo, o que é jurídico do que não o é.

Pontuando que a neutralidade tem caráter ideológico, o antedito teórico ainda salienta:

Definitivamente, este paradigma do que “é” o direito não pode mais prevalecer. Não que, por vezes, aquela mesma e tradicional forma de se compreender e atuar diante do fenômeno jurídico não possa ser hoje como era há um ou dois séculos atrás, mas, decisivamente, o paradigma do direito, a postura do intérprete e do aplicador diante do fenômeno jurídico, alterou-se por completo.

O estágio atual do Direito e, por conseguinte, do processo judicial, é eminentemente valorativo. Daí, falar-se, na superação da fase instrumentalista (que sucedeu as fases sincrética e

processualista/autonomista) para afirmar-se o alcance de um estágio do direito processual denominado por alguns juristas, a exemplo de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como formalismo-valorativo, cujos vínculos teóricos fundamentais estão assentes nos movimentos de constitucionalização do processo judicial e numa base hermenêutica (OLIVEIRA, 2006, p. 11-28).

Rosemiro Pereira Leal (2012, p.11) formula uma crítica radical ao formalismo desenvolvido na sociedade capitalista, sustentando que houve um agravamento da visão autocrática criadora de uma filosofia vinculada a um formalismo confuso, difuso e assistemático.

De todo modo, a proposição que se formula no momento atual é de transcendência do estágio instrumentalista, ajustando o formalismo legal, tido como essencial para o Estado Burocrático, aos imperativos ético-valorativos estatuídos na Constituição.

Marcelo Pelizzoli (2014), aponta a necessidade de um olhar cuidadoso para a questão dos limites da justiça e da política. Enfatiza a relevância dos elementos psicossociais, na forma de compreender os conflitos e buscar suas soluções. Faz sobressair, desses elementos, o nível dialógico, humanizador e de resgate da intersubjetividade.

1.3.1. A questão, não enfrentada, relativa à necessidade de compreensão sistêmica do conflito

Para a formação da ideia de unidade de um sistema jurídico, inclusive no plano processual, pode-se reconhecer a existência de princípios gerais desse ordenamento (sistema dedutivo), bem como sustentá-lo a partir dos conteúdos de normas singulares elaborativos de conceitos gerais (sistema dedutivo). Assim, segundo Bobbio (2010, p. 239), subsiste um sentido de relação entre as normas, relação de compatibilidade, implicando numa coerência entre as partes, consideradas singularmente, e o todo.

Nesta conjuntura, compreende-se um sistema como conjunto de elementos interconectados. Trata-se de uma totalidade em que componentes agem em conexão uns com os outros, com propensão a manterem-se relativamente estáveis.

Ocorre o vínculo sistêmico a partir de uma causalidade circular onde aspectos individuais são, simultaneamente, parte e todo e que revelam funções e estruturas que se retroalimentam dialeticamente (VASCONCELOS, 2014, p. 39).

Possuem, pois, as estruturas sistêmicas, dimensões de complexidade. Tal como alude Edgar Morin (2006, pp. 102-103):

A complexidade é a união da simplicidade com a complexidade; é a união dos processos de simplificação que são seleção, hierarquização, separação, redução com outros processos que são a comunicação, a articulação do que foi dissociado e distinguido; e é a maneira de escapar à alternância entre pensamento redutor, que só vê os elementos e o pensamento globalizado, que só vê o todo.

Os conflitos não se afastam dessa perspectiva, uma vez que devem ser considerados a partir de uma expressão sistêmica de modelos de comportamento, de condicionantes socioeconômicos, culturais e relacionais. No dizer de Marcelo Pelizzoli (2010, p. 29): trata-se também aqui de ligar condições externas sociais com condições internas dos sujeitos e suas subjetividades. Desta forma, arremata que, para compreender a dimensão de complexidade, “é preciso entregar-se à outra experiência, é preciso colocar-se outros pontos de vista, mais amplos, sistêmicos”.

Apesar do reconhecimento do componente sistêmico, um dos limites aparentemente visíveis da justiça estatal é sua abordagem reducionista do conflito, vinculando-o a um fato típico do qual não se formulam questionamentos mais profundos sobre as razões que induzem a sua existência, nem se elabora uma comunicação efetivamente dialógica (simples, aberta e direta). Em suma, não se trabalha a partir de uma visão de

contexto, ampla, interdependente.

Contudo, consoante o próprio Pelizzoli (2012, p. 18):

Qualquer teoria ou método que ignore o fato da identidade interdependente, familiar, comunitária, ecossistêmica, em que podemos observar a dimensão dos vínculos gregários e afetivos, ou ainda, que ignore o Desejo, ou que ignore a alteridade e a estranheza da vida – o fato da vida como conflito que nos compõe e que o somos – está fadada à superficialidade.

Esta é uma realidade a ser enfrentada no espaço da resolução de conflitos e que, ao que parece, não está na agenda procedimental do modelo judicial (convencional) e retributivo de justiça.

1.3.2. Vocação civilmente individualista e penalmente retributiva

No âmbito processual civil, uma das concepções filosóficas preponderantes do sistema jurídico-processual estatal, ainda que timidamente se tenha tentado superar, é o seu caráter individualista.

Efetivamente, evidenciam-se, no sistema processual, marcas da visão burguesa, apoiada precipuamente na noção de sujeito de direito enquanto indivíduo e propenso a ser reconhecido apenas no veio de sua individualidade. Paulo de Bessa Antunes, salienta que as ferramentas processuais são vocacionadas para administrar interesses individuais (1990, p. 03).

José Reinaldo de Lima Lopes (FARIA, 2002, p. 80), colaborador da obra “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, leciona que a cultura jurídica é individualista. Tal individualismo é valor fundante do sistema e define sua metodologia, na pressuposição de que a parte precede o todo. Tal assertiva, resulta por demonstrar que, do ponto de vista de sua concepção, o sistema estatal de resolução de conflitos coloca o indivíduo acima da comunidade.

O professor paulista articula (p. 82):

O individualismo transborda em atomismo: são percebidas as ações, mas não as atividades. Isso tem reflexo geral na teoria do direito e em todos os campos do jurídico. O jurista em geral não é treinado a compreender o que é uma estrutura: assim, está mais apto a perceber uma árvore do que uma floresta.

No viés do direito processual penal, o paradigma de formação de ordem social foi formatado desde a concepção de Estado Moderno como ente repressor, sustentado em bases positivistas, criando um “controle social punitivo institucionalizado” (ZAFFARONI, 2004, p. 69).

Consoante salienta Marcelo Saliba (2009, p. 63), a visão positivista do direito tomou para si a definição do bem e do mal, tentando assumir a grandeza do incontestável.

Howard Zehr (2008, p. 74) torna assente que “o objetivo básico do nosso processo penal é a determinação da culpa e, uma vez estabelecida, a inflicção da dor”. A grave afirmação do autor expressa bem a ideia de retribuição do mal.

Em abordagem à deslegitimação do sistema penal, Marcelo Saliba afirma que a tutela penal estatal pretensamente sustentada para os fins de interesses sociais perdeu sua perspectiva ética pelo fato de não se prestar para os objetivos que lhe foram atribuídos (SALIBA, 2009, p. 94).

Em condições tais de apego a uma filosofia de revidar o mal com o mal a atuação do Estado (democrático?) permanentemente se contradiz e, por isso, ingressou em um espectro de crise, também no sistema retributivo.

Por trás desse viés ideológico, individualista e retributivo, vigora todo um sistema de formação de profissionais que vai se referenciar nessas premissas axiológicas e que as usam para interpretar e aplicar o direito, nas situações em que são chamados a intervir, para fins de resolução de conflitos.

1.3.3. Modelo adversarial: a proeminência da dialética sobre a dialógica

O sistema processual adversarial caracteriza-se pela relevância das partes, em face da atuação do juiz. Este, no desenho conceitual ora tratado, exerce sua função de forma passiva, em certos aspectos, ao argumento de preservação de sua imparcialidade.

Fica estabelecido, então, em função de critérios de litigiosidade estratégica, o fato de que as partes firmarão seus argumentos e contra-argumentos de modo que um tentará infirmar a palavra do outro, na tentativa de fazer valer seus interesses.

A dialogicidade termina por relegar-se a plano secundário ou mesmo a nulificar-se, uma vez que o próprio sistema instiga a cultura da litigância, assente no embate processual.

Afonso Konzen (2007, p. 94) salienta que a proposta do sistema judicial, mesmo acusatório, é relacional. Todavia, ainda que em forma de arranjo linear, hierarquizado e de partes em oposição, cria uma “dialética de estremecimento”.

Isso compromete o diálogo na relação processual e impõe severa limitação ao sistema processual. Efetivamente, nem mesmo nas audiências ou sessões de jûris realizadas nos procedimentos judiciais, há diálogo no sentido do encontro humano ou, consoante Gadamer, do diálogo autêntico, enquanto experiência de abertura no encontro com o outro (GACKI, 2006, p. 20-21) ou, como lembra Pelizzoli, do panorama do “não-saber que estimula a inclusão do outro” (2013). O que sobressai, na pragmática jurídico-processual, são linguagem excludente e posturas fortemente hierarquizadas como componentes determinantes da impossibilidade dialógica. Mesmo quando ocorre alguma comunicação entre as partes, a verbalização dos contendores termina por referenciar-se mais no não dito do que naquilo que efetivamente expressam.

Pelizzoli enuncia (2013):

Os pilares do diálogo, sem os quais ele não ocorre de fato, são: a Escuta – e dentro desta a Presença,

a Atenção e o Silêncio - e por outro lado a Pergunta, motor do mesmo. A escuta, com o necessário silêncio mais a atenção, disposição que caracteriza a Presença, é o ponto de acesso ou Abertura para o acontecimento do encontro ou diálogo.

A base dialógica que imaginamos para a efetividade de uma relação pressupõe, primeiramente, silenciar e ouvir, para incorrer na oferta do outro; após, oferecer ao outro palavra e experiência.

Todavia, o modelo estatal, em grave medida, desconsidera a importância da comunicação como dimensão ontológica (essencial, constitutiva). “Comunicação é o fato de exercer a vida sistêmica, e tal como a linguagem, constitui o que somos a cada momento...” (PELIZZOLI, 2012, p. 18).

Parece, no entanto, que um dos objetivos mais evidentes da disputa do processo judicial é tornar-se o mais oculto, o mais mistificado, o mais encoberto possível. Na estratégia da litigância, quanto menos o adversário souber de mim, menos ele pode me atingir. Ocorre que, nessa ambiência, o diálogo se torna impossível.

Assim, ainda que juridicamente se revista de um caráter relacional, o processo judicial firma-se em um aspecto densamente limitador da própria relação que intenta criar: a ausência de efetivo diálogo.

Consoante afirma Neemias Prudente (2010, p. 81), o enfrentamento de um conflito na intenção de encontrar-se uma solução implica no repensar atitudes, crenças e comportamentos, onde a premissa inicial é o reconhecimento da existência do conflito como passo primordial para a ouvida do outro e, assim, estabelecer o diálogo.

Veja-se que não por acaso o autor abordou a questão do diálogo tratando, inicialmente, apenas do “ouvir”. Esse ouvir é essencial para a compreensão da lógica, da atitude, dos pensamentos e dos sentimentos do outro. Assim, aproxima-se da possibilidade do “colocar-se no lugar do outro”.

Desta sorte, não se deve perder de vista, diz Prudente, que o objetivo do diálogo, nesta filosofia, é a transformação das pessoas em protagonistas de seus próprios conflitos e soluções.

CAPÍTULO II: A EXPERIÊNCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

...o desafio de entrar no complexo de enredamentos do conflito e da violência, é manter o foco nas soluções que parecem simples, quando a vida (relações, trocas...) se torna mais simples, aberta e direta...

M. Pelizzoli

No contexto da crise de valores e de controle dos sistemas sociais, de fracasso do reducionismo epistemológico que não contempla uma visão sistêmica, surgem alternativas à reelaboração dos sistemas de justiça. Dentre elas, aparece a proposta de elaboração de uma justiça materialmente qualificada para dirimir conflitos interpessoais e restabelecer relacionamentos, não como algo radicalmente inovador, mas que resgate os fundamentos de experiências ancestrais, cuja denominação, mais recentemente, tomou-se por justiça restaurativa.

Ainda que epistemologicamente inconclusa, dada a emergência da temática, a justiça restaurativa constitui um paradigma e um conjunto metódico de transformação e resolução de conflitos em que os sujeitos envolvidos e sua comunidade são figuras centrais no encontro de caminhos reparadores e soluções para a lide.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário (GOMES PINTO, 2005, p. 20).

Eis a temática do presente capítulo: justiça restaurativa, onde se procede à tentativa de identificar seu objeto, seus objetivos, seus fundamentos axiológicos e sua incipiente normatização.

2.1. Paradigma: a lente com que enxergamos o justo

Howard Zehr, sociólogo norte-americano, prestou pioneira e particular contribuição para a construção de elementos teóricos e pragmáticos sobre a justiça restaurativa, ainda que a mesma, como experiência, já se fizesse presente em vários lugares do mundo.

Na clássica obra “Trocando as lentes” (ZEHR, 2008), o autor dedica um capítulo à questão da justiça como paradigma. Tal discussão nos permite iniciar a reflexão sobre o tema da justiça restaurativa, justamente em função da temática do justo como arquétipo.

Começemos na esteira do que o autor traz: o percurso do século XX nos deixou um pouco mais modestos, quanto às nossas certezas. Há uma série de justificativas para tanto: rupturas epistemológicas na psicologia, na física, na biologia, são exemplos. A fenda provocada por essas aberturas induziram inevitavelmente a algumas mudanças de paradigmas. “Hoje as ciências tendem a confirmar que existem certos limites à nossa compreensão da realidade” (ZEHR, 2008, p. 82).

No atual cenário histórico, os elementos de probabilidade tendem a prevalecer sobre os de previsibilidade, o que implica em concepções científicas menos rígidas.

Citando Leshan e Margenau, Zehr demonstra que a revisão de paradigmas se espraiou de tal forma que delas não escapou nem mesmo a arte e a espiritualidade.

Com isso, vê-se que o momento contemporâneo é um tempo de afirmações relativas e passíveis de permanente reestruturação e reelaboração teórica.

A realidade é, pois, o que a filosofia da ciência vem sustentando desde algum tempo: uma construção cuja variante é determinada por condições culturais, aqui entendida em sentido lato, a incluir a forma de pensar, de agir, de produzir. A realidade está inserida no quadro do paradigma escolhido, constitutivo

“da nossa abordagem não apenas do mundo físico, mas também do mundo social, psicológico e filosófico” (ZEHR, 2008, p. 83).

Sobre esses modelos, diz Howard Zehr (2008, p. 83):

Eles são as lentes através das quais compreendemos os fenômenos. Eles determinam a forma como resolvemos problemas. Moldam o nosso “conhecimento” sobre o que é possível e o que é impossível. Nossos paradigmas constituem o bom senso, e tudo o que foge ao paradigma nos parece absurdo.

A concepção do Justo também decorre da forma como se constrói e percebe a realidade: é um paradigma e, como tal, passível de (re)elaborações pragmáticas e teóricas, consideradas as influências culturais, históricas, psicológicas.

Thomas Kuhn, referido na obra de Howard Zehr, sugere que as alterações nos padrões científicos decorrem de mudanças de paradigmas. Um modelo recria-se a partir de outro, revolucionando a visão de mundo de quem o recria.

As revoluções traduzem mudanças de paradigma que surgem amiúde e lentamente, revelando as perturbações no funcionamento do modelo que pouco a pouco se fragiliza. Nada obstante, como assenta o autor, nossa intenção de preservar o paradigma em vigor produz a elaboração de paliativos e remédios. Em dado momento, contudo, a disfunção desse paradigma se torna tão aguda e incapaz de ser ocultada que o modelo entra em colapso, de modo a ser substituído por outro.

A justiça restaurativa surge como alternativa ao paradigma da justiça estatal, onde se percebe uma crise em várias dimensões e que atinge o modelo burocrático-autoritário do Estado como um todo. Não se pensa em negar a importância histórica e mesmo a funcionalidade da justiça estatal em certas lides. Mas, a alternativa restaurativa sugere outra concepção de obtenção da justiça cuja alma represente a conexão interpessoal, o sentimento de pertencimento e a dimensão coletiva (GRECCO; ASSUMPÇÃO, 2014, p. 44).

A ideia de restauração na e da justiça não anula os elementos da justiça estatal. Em verdade, ela oferece uma possibilidade de opção, bem como ampliação, fundada em outros elementos, diversos do sistema oficial.

Contudo, imaginar a renovação da justiça implica ser tão objetivo quanto aberto. Marcelo Pelizzoli aponta que “aberto” significa

o aspecto (auto)crítico: por exemplo, poder perguntar o que representou o modelo sacrificial e punitivo das sociedades conservadoras; e, mais tarde, nas sociedades liberais perpassadas pela ‘Lex dura lex’ (2008, p. 63.);

aberto, igualmente, para as possibilidades de restauração dos tecidos feridos pela reverberação da violência. Já, “objetivo”, diz respeito à necessidade de respostas efetivas que contemplem a disciplina social pacificadora como algo plausível e aplicável.

2.2. Esboço histórico: da sabedoria ancestral à vida contemporânea

A justiça restaurativa, tal como a temos compreendido contemporaneamente, tem origem pragmática no século XIX em comunidades tradicionais na América do Norte e progrediu, pouco a pouco, até disseminar-se, no século XX, por vários países da Europa, Oceania e América Latina (BIANCHINI, 2010, pp. 99-106).

Milène Jaccoud (2005, p. 163), observa que:

Em virtude de seu modelo de organização social, as sociedades comunais (sociedades pré-estatais europeias e as coletividades nativas) privilegiavam as práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo. Nestas sociedades, onde os interesses coletivos superavam os interesses individuais, a transgressão de uma norma causava reações orientadas para o restabelecimento do equilí-

brio rompido e para a busca de uma solução rápida para o problema.

Diz a autora, que vestígios de práticas restaurativas, segundo estudos históricos e antropológicos, são encontrados na África, Nova Zelândia, Áustria, América do Norte e do Sul, bem como entre as sociedades pré-estatais da Europa. Tais práticas, no entanto, foram subtraídas de diversos povos pela centralização do poder, instituída pelo direito único dos estados-nações, ocasião em que se afasta a vítima do processo criminal e praticamente alijam-se os mecanismos de reinserção social apoiados em elementos de justiça tradicional, chamada por Dupont-Bouchât, de justiça habitual.

A inspiração do modelo restaurativo remonta tradições ancestrais, a exemplo dos Maoris, da Nova Zelândia, e das culturas indígenas do Canadá (GOMES PINTO, 2005, p. 23).

Nada obstante, são observadas práticas de natureza restaurativa em códigos anteriores à era cristã (v.g., Hammurabi, Lipti-Ishtar).

O aspecto comum é a recorrente busca de soluções dentro da comunidade e por intermédio de membros respeitados por todos. Havia uma preocupação, principalmente nas pequenas comunidades, de preservar a paz e a união dos seus integrantes, a fim de impedir o desmembramento comunitário.

Referindo-se à cultura ocidental, Tereza Robalo (2012, p. 32), faz alusão à Grécia e à Roma Antiga, onde havia recorrência à sabedoria anciã para aconselhar e auxiliar na resolução de conflitos.

Não obstante, somente a partir da década de 1970, inicia-se, nos Estados Unidos, um movimento de efetivo crescimento de programas victim-offender mediation, re-empoderando a vítima e, de certa forma, devolvendo a solução do conflito à comunidade. (ROBALO, 2012, p. 37). Daí, aprimora-se um sistema de restauração da justiça.

Atualmente, na União Europeia, recomenda-se a criação de instrumentos de mediação para resolução de conflitos infanto-juvenis e de crimes de pequena e média gravidade, envolven-

do pessoas adultas. No mesmo sentido, a legislação de vários países tem incorporado explícita ou implicitamente conteúdos típicos da justiça restaurativa.

2.3. Ressurgimento da justiça restaurativa

Segundo Assumpção e Yasbek (2014, p. 45), o reaparecimento da justiça restaurativa, na contemporaneidade, decorre de uma complexa gama de elementos conjunturais.

Para tanto, afirmam, a partir de Milene Jaccoud, que subsistem três correntes de pensamento que buscam explicar o antedito fenômeno.

A primeira delas, a corrente que sustenta que o ressurgimento da justiça restaurativa decorre dos movimentos de contestação das instituições repressivas, repercutidos por propostas políticas de descentralização do poder do Estado-repressor; pelo advento da desagregação do Estado do bem-estar social; pelos contra-argumentos levantados contra o simbolismo jurídico; pela organização da sociedade civil; pelo crescimento neoliberal; e pela fragmentação dos centros de decisão.

Por outro lado, surge o entendimento de que o sistema judicial desempoderou a vítima e, portanto, urgia pensar-se em um modelo que restabelecesse sua voz no processo decisório. Cuida-se, pois, de uma proposição de caráter ético tendente a identificar quem é a vítima e suas necessidades.

Por fim, narram a corrente que propõe a necessidade de exaltação da comunidade, tal como ocorria com povos ancestrais.

Desses fatores, podemos extrair o que Howard Zehr (2008, p. 173) chamou de “dimensões básicas do mal cometido”, cuja demanda consequente será a necessidade de resolução de um conflito: a vítima, o ofensor, a comunidade e os relacionamentos interpessoais.

2.4. Definição de justiça restaurativa

Segundo Amstutz e Mullet (2012, p. 32), a reflexão sobre o conceito de justiça restaurativa tem se ampliado, no ocidente, nos últimos trinta anos, notadamente porque se tem feito uma análise mais crítica sobre os problemas e limitações do sistema jurídico estatal.

Em matéria de justiça restaurativa, a pauta que se tem formado, segundo as referidas autoras, articula ideias no sentido de serem encontradas maneiras de lidar com os referidos problemas e limitações do sistema jurídico, pensando-se em como viabilizar, na prática, métodos eficazes e não violentos de resolução de conflito.

Nesta representação, a mediação, as conferências e os círculos restaurativos têm oferecido importantes respostas para algumas questões conflituosas.

Desta forma, em face do crescimento de mecanismos cujo foco é o elemento dialógico, a justiça restaurativa ganhou corpo tanto no campo pragmático quanto na senda do seu desenvolvimento teórico e da compreensão do conflito, notadamente naquilo que respeita às necessidades da vítima e às obrigações/responsabilidades do ofensor e da comunidade (Mullet e Amstutz, p. 32).

Marcelo Nalesso Salmaso, ao indicar sua compreensão da Justiça Restaurativa, salienta que a observa como não como técnica de solução de conflitos, apesar de, nela, existirem diversos aspectos nesse sentido. Antes, tem-na

como uma verdadeira mudança de paradigmas de convivência, voltada à conscientização dos fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores da violência e da transgressão. (2016, p. 22).

Everaldo e Fabiano Oldoni e Márcia Lippman, sustentam que Justiça Restaurativa corresponde a uma abordagem “a partir de leis sistêmicas (hierarquia, pertencimento e equilíbrio e ordens de ajuda), amparada, também, numa visão ecojurídica.” (2018, p. 40).

Na visão de Pedro Scurto Neto, o movimento restaurativo define justiça sob três posturas básicas:

1. Infrações são atos lesivos a pessoas e relacionamentos acima de tudo; resultam em danos a vítimas, famílias, comunidades e aos próprios infratores; 2. A justiça deve ser o objetivo essencial do processo legal e deve ser obtida prioritariamente através de reconciliação entre as partes e reparação dos danos causados; 3. Conflitos são melhor resolvidos facilitando-se o envolvimento de vítimas, infratores, famílias e comunidades.

Zehr afirma (2008, p. 258) que, ao passo que o sistema ocidental de justiça procura responder às perguntas “que lei foi violada?”, “quem fez isso?” e “o que ele merece?”, as questões que balizam a prática restaurativa giram no entorno (1) da vítima (“quem sofreu o dano?” e “quais as suas necessidades?”), (2) do ofensor (“de quem é a obrigação de atendê-las?”, cuja resposta, em certa medida, também recai sobre a comunidade/sociedade), (3) do conflito, seus fatores de existência e as possibilidades subjetivas de resolução (“quais foram as causas?”, “quem tem interesse na questão?”) e (4) da metodologia a ser aplicada como anima para restabelecer a paz (“qual o processo apropriado para envolver todos os interessados num esforço conjunto para corrigir a situação?”).

A perspectiva restaurativa traduz, então, uma preocupação não só com o fato objetivo que expõe o conflito, tal como o fez o positivismo jurídico, mas com sua dimensão holística, indicando essa preocupação tanto na integração da vítima no procedimento de superação do mal sofrido, quanto no concurso para a efetiva conscientização do ofensor acerca de suas responsabilidades e obrigações, inclusive de reparar os danos causados, sem excluir a comunidade/sociedade deste processo que visa o restabelecimento da paz.

A busca por solução passa a ter o conflito como elemento central, não apenas porque revela as desconexões interpessoais e a falta dos sentimentos de pertença, mas porque passa a ser com-

preendido também como possibilidade de transformação e mudança das pessoas e da comunidade. Segundo essa inteligência, a centralidade deve estar vinculada à questão de como lidar com o conflito de modo pacífico (PELIZZOLI; PRUDENTE, 2010, p. 83).

Oportuno, neste passo, invocar a definição de conflito oferecida por Neemias Prudente, no trabalho organizado por Marcelo Pelizzoli, sob o título Cultura de Paz – Restauração e Direitos (p. 83):

Um conflito pode ser definido como a diferença entre dois objetivos que são buscados por parte de uma sociedade, ou seja, o conflito existe quando duas ou mais pessoas entram em desacordo porque as suas opiniões, desejos, valores e/ou necessidades são incompatíveis.

O próprio Prudente menciona as atitudes possíveis, diante de um conflito: ignorá-lo, respondê-lo com violência ou respondê-lo dialogicamente, pacificamente.

Dentre os movimentos que ocupam a justiça restaurativa está a ideia de Comunicação Não-Violenta (CNV).

Com efeito, a resolução de um conflito implica em compreendê-lo e, para tanto, os elementos de comunicação tornam-se imprescindíveis para o melhor alcance da proposta cognitiva adotada. A linguagem revela valores da comunidade em que estamos inseridos e que nos constituem como seres sociais.

Desta forma, a CNV é considerada como um componente de conscientização sobre

nossas necessidades, nossa humanidade, nossa capacidade de conexão e nossa capacidade de comunicação, para além de qualquer linguagem rebuscada ou especulações gramaticais e lógicas. (PELIZZOLI, 2012, p. 20).

Expressa, como diz o antedito autor, a própria vontade humana de “entendimento, relação e superação”, por isso considera-se que a comunicação não-violenta induz à reflexão sobre quem

e o que somos e a consciência que temos disso. Seu propósito é auxiliar na compreensão do conflito, exercendo atividade nas suas causas, buscando dar impulso a uma estratégia comunicacional positiva. Constrói-se, portanto, a base relacional fundada em uma ética comunicativa que revela, dentre outras características, a questão da alteridade.

Neste campo particular, a justiça restaurativa aproxima-se substancialmente dos princípios contidos na Ética da Alteridade de E. Levinas que, consoante afirma o Prof. Marcelo Pelizzoli (2008, p. 83), transcendem a “pregação moral” e mostra a radicalidade do compromisso decorrente da afirmação do Ego em meio à comunidade. A dimensão de subjetividade, por esta perspectiva, torna-se instrumento para o cuidar do outro. Isso muito identifica a própria compreensão da justiça: “a prioridade do Outro antes do Eu” e de que “a verdadeira liberdade vem da responsabilidade” (PELIZZOLI, 2008, p. 84).

A opção restaurativa implica no lançar mão de critérios re-compositivos da paz, a partir de atitudes não violentas, acolhendo e cuidando das necessidades dos envolvidos e concorrendo para a formação de uma consciência de responsabilidades e para a restauração do equilíbrio das relações.

Em obra voltada para a disciplina restaurativa na esfera escolar, Amstutz e Mullet (2012, p. 34) propõem a seguinte definição:

A Justiça restaurativa promove valores e princípios que utilizam abordagens inclusivas e solidárias para a convivência. Essas abordagens legitimam experiências e necessidades de todos da comunidade, especialmente daqueles que foram marginalizados, oprimidos, ou vítimas de violência. Essas abordagens nos permitem agir e reagir de forma a restabelecer o outro, ao invés de alienar e coibi-lo.

Howard Zehr, citado por Mullet e Amstutz (p. 33), sugere, na obra “Justiça Restaurativa” (p. 49) uma definição, ainda que vinculando-a ao contexto da justiça criminal. Articula:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

Conforme se pode observar, as definições apresentadas exibem elementos comuns: acolhimento dos envolvidos, formação de consciência ética, chamamento de responsabilidades (inclusive da comunidade/sociedade), constituição de comportamentos solidários recíprocos, reconstrução das relações interpessoais, preservação do equilíbrio, tudo sob uma metodologia dialógica, orientada para a concretização de valores que afirmem uma cultura de paz.

Dizem Silveira e Miranda (2010, p. 327):

A Cultura de Paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não-violenta dos conflitos. É uma cultura baseada na tolerância, solidariedade e compartilhamento em base cotidiana, uma cultura que respeita todos os direitos individuais, princípio de pluralismo, que assegura e sustenta a liberdade de opinião e que se empenha em prevenir conflitos, resolvendo-os em suas fontes. Essa cultura procura resolver os problemas por meio do diálogo, da negociação e da mediação.

Cuida-se, desse modo, de uma filosofia que busca enxergar o conflito entre pessoas a partir de uma perspectiva diversa daquela utilizada no sistema estatal de resolução de litígios, onde o foco recai na punição do infrator.

Na dimensão restaurativa, há a promoção de valores de base dialógica (ouvir e perguntar/falar), assumindo-se uma postura de acolhimento dos sujeitos envolvidos, reconhecendo-lhes carências (necessidades cognitivas, psicológicas, afetivas), o que repercute, inclusive, na formação da consciência da responsabilidade acerca de atitudes e resultados (obrigações) e da solidariedade, na reconstrução da paz social.

Por isso, Zehr identifica o sentido de justiça com o sentido de restauração (2008, p. 176). Mesmo que não seja possível, em certos casos, a plena recuperação dos relacionamentos ou mesmo compor a inteira consciência do ofensor sobre o mal cometido, passa a ser importante iniciar a formação de um ambiente de constituição da justiça.

No dizer do referido autor, o objetivo primário da justiça está vinculado ao cuidado para com a vítima, reparando-a ou curando-a. Isso não significa fazê-la abstrair, esquecer o mal sofrido. O processo de sua recuperação demanda um trabalho de restabelecer-lhe a confiança em si e a segurança no outro e na sua comunidade.

De outra parte, a justiça deve, segundo Zehr, ocupar-se, secundariamente, com a reconstrução da relação vítima-ofensor, em um movimento de reconciliação, inclusive reconhecendo que o ofensor também carece de cura, mesmo que dele se espere assunção de responsabilidades. Vale aqui também o mesmo raciocínio de antes: ainda que a reconciliação não se opere de fato, pois a mesma possui, como diz Ron Kraybill, citado por Zehr, estágios de permeio, e, portanto, demanda um tempo de maturação, a tentativa consistirá em uma aproximação com os elementos da justiça dialógica e produzirá a abertura, ainda que incipiente, para a posterior e eventual superação do conflito. A restauração parcial é fator que pode tornar-se decisivo para o restabelecimento individual.

O que a justiça institucionalizada não pode é concorrer para a preservação da hostilidade ou da indiferença de uns sujeitos para com os outros.

Reportando-se a Claassen, Zehr enfatiza que sem o necessário tratamento do conflito, o relacionamento entre os envolvidos se estagna ou mesmo se hostiliza ainda mais. Neste passo, torna-se necessária a atuação de um sistema de justiça que não se quede passivo diante dessas possibilidades. “O objetivo da justiça deveria ser, portanto, o de levar o relacionamento à reconciliação”, sem constranger os sujeitos,

mas proporcionando-lhes oportunidade para fazê-lo (2008, p. 177).

Acerca dessa importância do conflito como oportunidade de restabelecimento relacional e de pacificação, convém mencionar a lição do Professor Carlos Eduardo Vasconcelos (2014, p. 21):

É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas.

Não se pode confundir, no entanto, a atuação da justiça restaurativa considerando-a exclusivamente com uma função de instigar a reconciliação ou o perdão, pois, como já afirmado, no ambiente restaurativo a busca inclui a assunção de responsabilidades, de modo que o objetivo não é simplesmente isentar o ofensor, do mal cometido, ou a comunidade/sociedade, de sua omissão ou negligência, mas conscientizar aquele acerca da necessidade de reparação do mal imposto à vítima e a esta estabelecer critérios de inclusão e acolhimento social.

O que se pretende com a perspectiva restaurativa é “reempoderar” as pessoas envolvidas no conflito, restituindo-lhes a palavra, subtraída nos sistemas oficiais de justiça, no ocidente. Tendo como referência Susan Sharpe, Zehr (2012, p. 49), pontua que, para a referida autora, a primeira meta da justiça restaurativa é “colocar as decisões-chave nas mãos daqueles que foram mais afetados pelo crime”.

2.5. Princípios que inspiram a justiça restaurativa

Acerca da base conceitual dos princípios, utilizaremos para os de conotação restaurativa a mesma racionalidade já adotada para a compreensão dos princípios jurídico-processuais, tendo-os como a expressão ético-valorativa experimentada pela coletividade e incorporada à norma *lato sensu* (não necessariamente positiva) a ser utilizada.

Howard Zehr salienta que é preciso tornar claros os valores e a aplicação da proposta restaurativa, uma vez que mesmo ao argumento de utilizá-la, é possível afastar-se severamente de seus objetivos (2008, p. 258).

Neemias Prudente (2013, p. 80), identificando os valores da justiça restaurativa com os seus aspectos centrais, apoia-se em Van Ness e Strong para dizer a configuração axiológico-restaurativa a partir de quatro elementos que lhe dão base: o encontro, a participação, a reparação e a reintegração.

Com efeito, parece-nos correto compreender que os aspectos mencionados constituem a base do percurso restaurativo, na direção da resolução de um conflito. No encontro, consoante articula o mencionado autor, cria-se uma “via de comunicação” e “empoderamento” entre os participantes. Diz: “Neste espaço, os participantes desenvolvem a capacidade de refletir, dialogar e decidir em comunhão sobre os seus conflitos e como resolvê-lo”.

A participação daqueles que comporão o encontro restaurativo, decorre da necessidade de estabelecer vínculos entre as pessoas envolvidas no conflito (vítima, ofensor, comunidade) tomando-se por referência suas perspectivas e mesmo expectativas, a fim de que se tornem protagonistas no direcionamento da resolução do litígio.

No que diz respeito à reparação, enquanto elemento de centralidade da justiça restaurativa, convém considerar que é aspecto para onde convergem diversas atividades do seu procedimento, uma vez que do encontro e do diálogo institui-

dos há de surgir algo concreto, que traduza em circunstâncias objetivas a intenção dos participantes.

Na expressão de Palermo (2006, p. 254), a reparação significa

um esforço pessoal, comprometido e voluntário do autor em favor da restauração, a eliminação ou diminuição do dano ou dos efeitos nocivos derivados do delito, seja por meio de prestações econômicas ou de prestações simbólicas.

Neste contexto, reparar não possui apenas um caráter material ou psicológico de restituir, indenizar, restabelecer o dano imposto à vítima e à comunidade, naquilo que lhes foi subtraído, mas também constitui uma representação simbólica acerca do demonstrar efetivamente a disposição dos participantes, notadamente do ofensor, de reposição da harmonia e dos relacionamentos.

Por fim, no que se refere à reintegração, importa considerar, novamente apoiados em Prudente (2006, p. 132), que a prática restaurativa não se propõe apenas a resolver o conflito, mas a levar a vítima a restabelecer-se emocionalmente da frustração a que foi submetida, o ofensor a aceitar a responsabilização a respeito do dano e de sua reparação, buscando, inclusive, o perdão da vítima e, juntos, firmarem com a comunidade uma medida de co-responsabilidade relacional.

Assim, vê-se que a justiça restaurativa centraliza-se em elementos que se revelam como valores que a inspiram, que dimensionam os procedimentos a serem adotados e os resultados a serem perseguidos, todos expressos nos princípios que lhe dão fundamento.

A professora portuguesa Teresa Robalo (2012, pp. 46-57), toma por referência o trabalho de Ron Claasen, para tratar dos princípios da justiça restaurativa, salientando aqueles que reputa mais prementes dentre os apresentados pelo referido autor.

Segundo Robalo, o primeiro princípio relaciona-se ao fato de que o conflito importa na primária violação de relacionamentos e, secundariamente, da lei. Daí, a ênfase da prática restaurativa estar vinculada à recuperação dos laços sociais quebrados. O conflito, sobretudo o crime, materializa-se como afronta a valores elementares imanentes a toda comunidade, não apenas à vítima.

Um segundo princípio, diz respeito à oportunidade que o conflito proporciona para a recuperação do relacionamento interpessoal. Menciona-se, neste quadrante, que a estigmatização do ofensor cria severos obstáculos para sua reintegração na vida social. Por isto, a reconfiguração do relacionamento do mesmo com a vítima e com a própria sociedade a que pertence traz a real possibilidade de reinserção.

Exsurge, ainda, o princípio da voluntariedade da participação das pessoas envolvidas no procedimento dialógico e decisório, ressaltando-se que essa voluntariedade não pode ser apenas formal, mas material, pois dela deve defluir uma certeza razoável quanto à intenção dos participantes de reintegrarem-se de forma ativa em um ambiente social de equilíbrio e harmonia.

Por fim, a autora alude ao princípio da consensualidade dos envolvidos, tanto para os fins de chegar-se a um resultado satisfatório e comum, quanto para os fins de obediência e respeito ao procedimento a ser seguido.

Edgar Bianchini, por sua vez, narra, além dos princípios já apresentados, outros, relativos à confidencialidade dos atos processuais, da celeridade do procedimento, da urbanidade necessária para a comunicação entre as partes, da adaptabilidade às circunstâncias procedimentais e materiais do conflito e da imparcialidade dos órgãos de mediação (2012, p. 117-132).

Pelo impacto que os referidos princípios têm sobre o procedimento restaurativo, vale esclarecer, segundo a explanação do mencionado teórico que, por confidencialidade, se entende a necessidade de sigilo a que deve ser submetido o ritual restau-

rativo, a fim de que questões de foro pessoal e íntimo não sejam tornadas públicas nem os fatos ali discutidos e afirmados sejam utilizados como meio para formação da convicção do juiz estatal em favor da vítima ou do autor do dano, já que na ambiência restaurativa, o objetivo não é constituir prova, de sorte que os participantes devem estar seguros de que suas declarações não lhes trarão perdas ou prejuízos futuros.

A celeridade do procedimento, também presente na principiologia judicial, ainda que na prática apresente graves entraves à sua concretização, tem a ver com a obtenção do melhor resultado, de forma rápida. Na proposta restaurativa, utiliza-se uma carga burocrática tênue e se produz um baixo volume de formalidades que, somados à oralidade do encontro, conferem ao rito um grau de rapidez razoável.

Por sua vez, urbanidade é o valor que é reconhecido na prática de boas maneiras, no que tange às atitudes e linguagens entre os participantes do encontro restaurativo. O trato “urbano”, também é acolhido no procedimento judicial.

Adaptabilidade do procedimento relaciona-se à ideia de que o rito é definido pelo nível de complexidade do litígio. Assim, no âmbito da justiça restaurativa, a flexibilidade procedimental passa a ser importante na medida em que identificará o melhor percurso para encontrar-se a solução do conflito.

A imparcialidade é pressuposto e valor para qualquer sistema de justiça. Nele defende-se que o mediador atua de modo a não favorecer unilateralmente os protagonistas do encontro, conferindo isoladamente voz ou oportunidades a um sem que o faça em relação ao outro.

O Projeto de Lei n. 7006/06, que trata do uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, sobre o qual discorreremos mais detidamente em momentos seguintes, menciona expressamente os princípios que nortearão o procedimento restaurativo, a saber: voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, co-

operação, informalidade, confidencialidade, interdisciplinariedade, responsabilidade, mútuo respeito e boa-fê.

2.6. Justiça restaurativa na perspectiva da legislação brasileira

Antes de considerarmos as normas que possibilitam a aplicação da justiça restaurativa no Brasil, parece-nos importante mencionar a existência do marco, de âmbito internacional, estabelecido pela Resolução n. 12 de 24 de agosto de 2002, da Organização das Nações Unidas, uma vez que seu conteúdo institui formalmente noções sobre justiça restaurativa, notadamente no que diz respeito aos seus princípios e à sua terminologia (programas, processo, resultado restaurativo, partes).

Criou-se, assim, na esfera de atuação da ONU, referências formais para a consolidação da justiça restaurativa nos países que ainda não a praticavam e mesmo para aqueles que já a tinham implementado. Tal medida constituiu verdadeiro fomento à utilização de práticas restaurativas nos países membros, ainda que cada nação integrante tenha que incorporá-la por intermédio de dispositivos legislativos internos próprios.

A referida resolução foi editada no intuito de mencionar os princípios basilares para utilização de programas de justiça restaurativa, em matéria criminal.

No Brasil, a resolução, a par de estudos e trabalhos incipientes, germinou e resultou em normais legais e infralegais que atualmente permitem a integração da metodologia restaurativa como alternativa ao modelo oficial de justiça.

2.6.1. Justiça Restaurativa na legislação estricto sensu

No plano da legislação brasileira, existem diplomas legais que contêm elementos de justiça restaurativa, ainda que não se refiram expressamente à mesma, conforme adiante veremos.

A Lei Federal n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012, contudo, instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescente que praticarem atos infracionais, excepcionando a regra referida e dispôs, expressamente, no art. 35, incisos II e III, que o cumprimento de medidas socioeducativas observará, dentre outros princípios, a orientação de excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, facilitando-se a aplicação de meios de autocomposição de conflitos e dando-se prioridade a práticas ou medidas restaurativas, atendendo-se, sempre que possível, às necessidades das vítimas.

A referida lei, ao admitir a aplicação de práticas restaurativas no contexto da atuação estatal, referente ao sistema de proteção ao adolescente em conflito com a lei, deu uma expressão mais ampla à regra do art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8069/90) que consolida a Teoria da Proteção Integral, acolhida pelo regime normativo desde o âmbito constitucional (art. 227).

Ainda que a Lei n. 12.594/12 positive a observância de práticas restaurativas, já subsistiam elementos de justiça restaurativa no corpo da antedita Lei 8.069/90, dentre os quais podemos mencionar, exemplificativamente, a participação da família no procedimento que envolva adolescente em conflito com a lei, inclusive havendo previsão de medidas de cuidado para com a própria entidade familiar, com o propósito de aprimorar-lhe o senso de responsabilidade e solidariedade e bem assim fazê-lo em relação também ao adolescente, reforçando-lhe as noções de respeito e resgate da dignidade (v.g., arts. 4º, 18-B, III, 90, 119, I, 129).

Outro dispositivo legal que se nos afigura relevante apontar, como forma de demonstrar a acomodação de elementos da prática restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, é o art. 72 da Lei Federal n. 9.099/95 que possibilitou a conciliação direta entre ofensor e vítima, dando-se a esta a palavra final acerca da aceitação ou não dos termos da conciliação, no que

pertine à reparação de danos classificados como crimes de menor potencial ofensivo, e valorizando-a na medida em que o descumprimento do acordo resulte na revogação do benefício dado ao infrator.

Demais disso, a Lei 9.099/95 cria mecanismos para uma permanente lembrança, ao ofensor, de que está respondendo a uma penalidade, em face do mal que causou (proibição de frequentar certos lugares, apresentar-se regularmente ao Juízo de Direito). Tais regras, já constantes inclusive do Código Penal Brasileiro, têm natureza restaurativa, no sentido de que concorrem para o reforço da consciência sobre a sanção a ser cumprida.

Neste sentido, ainda pode-se afirmar que as denominadas penas restritivas de direitos, constantes do art. 43 do Código Penal (prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana, proibição de frequentar determinados lugares, interdição temporária de direitos, multa) e que têm a intenção de substituir a pena privativa de liberdade, são, em certa medida, de caráter restaurativo.

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941), por intermédio da reforma de 2008 (Lei Federal n. 11.690), ocupando-se com a temática da vítima, introduziu ao seu texto um capítulo denominado “Do ofendido” (art. 201). As normas colacionadas ao referido diploma legal têm caráter substancialmente probatório, a fim de que a vítima concorra, com seu testemunho, para a elucidação do crime, além de estabelecer regras de comunicação dos atos e termos do processo à vítima. Todavia, no § 5º do antedito art. 201, cria-se a possibilidade formal de que, caso o juiz entenda necessário, poderá o ofendido ser encaminhado para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. Aqui, na medida em que se cuida da vítima, atribui-se-lhe dignidade, estabelecendo um contexto de empoderamento da mesma, tal como se recomenda em sede restaurativa.

Em outro âmbito legal, o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 10.741 de 1º de outubro de 2003) prevê a aplicação da já mencionada Lei 9.099/95 às situações criminais cuja pena máxima privativa de liberdade não exceda quatro anos, permitindo a aplicação dos benefícios previstos na referida lei aos conflitos que envolvam pessoas com idade superior a sessenta anos.

Dos exemplos legislativos acima evidenciados, observa-se que o critério restaurativo implicado na legislação penal e que permite a integração da vítima no procedimento de resolução do conflito, ainda é muito marcado pela ideia de reparação material dos danos por ela sofridos ou, em outro aspecto, naquilo que dá ênfase, à conscientização do infrator, de avivamento de sua memória acerca do mal cometido, não implicando, em ambos os casos, necessariamente, na formação de um ambiente dialógico entre vítima e ofensor. Como decorrência disso, ainda que se reconheça a existência de avanços paulatinos na adoção de elementos restaurativos, subsiste uma considerável limitação da legislação penal no tocante à formação de espaços para expressão de sentimentos e adoção de critérios mais robustos de reintegração psíquica da vítima e de reinserção social do autor do fato.

Todavia, exceção a ser reconhecida foi instituída pela Lei Federal n. 11.340 de 7 de agosto de 2006 que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Para estes fins, a legislação instituiu formas de assegurar a efetiva proteção das vítimas tanto a partir de regras de comunicação processual (v.g., art. 21, a notificação da ofendida a respeito dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao eventual ingresso e à saída do mesmo da prisão), quanto de assistência e cuidado para com a pessoa ofendida, tal como estabelecido nos arts. 9º e 18 (inclusão da mulher em situação de perigo num cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal; acesso prioritário à remoção, quando servidora pública da administração direta e

indireta e, ainda, a manutenção do vínculo trabalhista quando necessário o afastamento do local de trabalho por até 06 meses; no prazo de 48 horas, decidir o magistrado acerca de medidas protetivas de urgência e a qualquer momento rever as já adotadas, visando à proteção da vítima, seus familiares ou seu patrimônio) e, ainda, quanto às situações que obrigam o ofensor, contidas no art. 22 (suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Observa-se, assim, que a Lei 11.340/06, do ponto de vista procedimental, dá ensejo a elementos de justiça restaurativa, na medida em que se ocupa de maneira mais expressa com o restabelecimento emocional e social da vítima e cria modalidades mais efetivas de conscientização para o ofensor.

Sob o ângulo da legislação cível, a pontuação a ser feita diz respeito à significativa aproximação trazida pelo novo código de processo civil (Lei n. 13.105/15), em termos de mediação de conflitos, para com a justiça restaurativa, notadamente em relação aos seus princípios.

De logo, pode-se observar, pelo teor do art. 3º, § 3º, do referido estatuto processual que a conciliação, a mediação e “outros métodos de solução consensual de conflitos” deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Assim, desde os seus dispositivos iniciais, o novo código de processo civil cria um ambiente de admissibilidade de práticas outras, não necessariamente as tradicionalmente estatais, que implementem uma solução amigável dos litígios.

Ao definir a função do mediador (art. 165, parágrafo 3º), a legislação estabeleceu que o mesmo atuará preferencialmente nos casos em que preexistia vínculo entre os envolvidos no conflito, incumbindo-lhe auxiliá-los na compreensão das questões e dos interesses divergentes, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Desta forma, a legislação criou uma função processual cuja principal ocupação é a de fomentar o diálogo entre as partes do processo, em uma clara manifestação de acolhimento da ideia de intersubjetividade, necessária à resolução do conflito e tão cara à restauração das relações, ou seja, à construção de uma justiça verdadeiramente consensual, coexistencial, tal como afirma Fernanda Tartuce, que “deve levar em conta a totalidade da situação em que o episódio contencioso está inserido, sendo o seu objetivo curar (e não exasperar) a situação de tensão”.

Essa compreensão da totalidade somente pode ser alcançada dentro de um contexto dialógico, de superação do desvirtuamento produzido pela interpretação dada ao princípio constitucional do contraditório que, como diz Carlos Eduardo Vasconcelos (2014, p. 80), converteu-se ao longo do tempo em algo “ambíguo, tecnicista e alienador da cidadania”.

A esse propósito, diz o referido autor:

A dialética concretizadora do Direito contemporâneo deve contemplar, pois, um contraditório que abranja a relação circular-recursiva dialogal, em que tese e antítese, arte e técnica, centradas nas contradições e antagonismos de pessoas concretas, sejam cuidadas em sua complementaridade. A tese não elimina a antítese; elas não se antagonizam em feições maniqueístas, excludentes, mas se complementam e se transformam.

Neste universo de (re)construção do sentido dialógico do processo judicial, pode-se afirmar que os princípios a serem apli-

cados, em sede de mediação de conflitos cíveis, elencados no art. 166 do código de processo civil vigente (independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada), coincidem em grande medida com aqueles estabelecidos para o procedimento da justiça restaurativa, previstos no art. 9º do Projeto de Lei n. 7.006/06, voltados para facultar o uso de procedimentos restaurativos, ainda que no sistema de justiça criminal (voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, cooperação, informalidade, confidencialidade, interdisciplinariedade, responsabilidade, mútuo respeito e boa-fé).

Pode-se mencionar, ainda, a Lei Federal n. 13.140/15 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Aqui, nada obstante tratar-se de um corpo normativo voltado para fins de mediação, inexistiu uma ampliação de elementos de justiça restaurativa, ainda que os princípios estatuídos no art. 2º denotem sua identificação axiológica com a mesma (imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé).

De todo modo, a legislação brasileira *stricto sensu*, na área cível, evidencia um importante movimento no sentido da aproximação com elementos da justiça restaurativa.

2.6.2. Outras normas que veiculam a admissibilidade da Justiça Restaurativa no Brasil

Do ponto de vista infralegal, há importantes normas editadas no âmbito administrativo, que admitem a aplicação da justiça restaurativa no Brasil.

Dentre as principais, estão a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, ainda que alterada pela Emenda n. 02, que prevê, no art. 1º, parágrafo único, que incumbe aos órgãos judiciais, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil com-

binado com o art. 27 da Lei de Mediação, “antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”; e a Resolução 225, também do CNJ, por meio da qual, textualmente, considerou-se que:

a complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados.

Desta forma, instituiu um conjunto de normas para regulação da Justiça Restaurativa, no Brasil, definindo-a como um “conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência.”

No que diz respeito ao Ministério Público, há previsão, por meio da Resolução n. 118 de 1º de dezembro de 2014, do correspondente Conselho Nacional, que dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, determinando a realização de pesquisas e a promoção de publicações, dentre outras, sobre processos restaurativos (art. 6º, IV e V).

A antedita resolução do CNMP possui uma seção destinada às práticas restaurativas, indicando nos arts. 13 e 14 que tais procedimentos são recomendados nos casos em que seja viável a reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Assim, com a ajuda de um facilitador, a norma permite que o Ministério Público, o infrator, a vítima ou quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade

afetada participem conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para os fins de reparação ou minoração do dano, de reintegração social do infrator e restabelecimento da harmonia entre os indivíduos e sua comunidade.

2.7. Tipologia dos procedimentos restaurativos

Tanto a prática quanto os estudos a respeito de Justiça Restaurativa demonstram uma variedade procedimental que é capaz de revelar metodologias que adaptam o funcionamento do modelo restaurativo de obtenção de Justiça aos tipos de conflitos que se apresentam.

Convém esclarecer, contudo, que neste tópico nos ocuparemos, com a pretensão de sumarizar as manifestações mais recorrentes e conhecidas de procedimentos restaurativos. Importa dizer isto porque existem formas de expressão da Justiça Restaurativa que, mesmo ocorrendo com menor frequência, são utilizadas de modo significativo em alguns lugares do mundo (Robalo, 2012, p. 67-68).

A classificação dos tipos de procedimentos restaurativos sugere, na expressão de Meirelles e Yazbek (ASSUMPÇÃO, 2014, p. 109), sua compreensão a partir de três referenciais: o valorativo, o transformativo e o funcional.

Assim, ao lado da noção de Justiça Restaurativa (1) como conjunto de valores que embasam a resolução de situações de conflito, a fim de reparar danos decorrentes de um ato ofensivo e (2) de sua compreensão baseada no caráter transformador que se estabelece, tanto no nível individual quanto no nível institucional, existe uma outra maneira de compreender o modelo restaurativo (3) a partir de sua definição funcional, descrevendo-se neste plano o procedimento em si, enquanto conjunto de atos coordenados e voltados para a obtenção de um objetivo final: a solução do conflito.

Esses procedimentos estruturam-se, em significativa medida, a partir de “formatos conversacionais”, ou seja, a partir da

descrição da maneira pela qual se desenvolve o ritual de construção do diálogo entre os envolvidos na lide e da resolução do conflito.

Apesar da variedade de metodologias, os procedimentos restaurativos apresentam uma base ritual comum que envolve, do ponto de vista subjetivo, a vítima e o autor do evento danoso e, dependendo do modelo seguido, suas famílias, seus suportes, a comunidade em que estão inseridos, facilitadores/mediadores/coordenadores e, em alguns casos, instituições estatais.

Vale colacionar, aqui, pela aproximação com o sentido ritual da definição funcional da Justiça Restaurativa, a concepção apresentada por Meirelles e Yazbek, no artigo acima mencionado, apoiadas em Tony Marshall que a tem como

um processo no qual todas as partes envolvidas em uma determinada ofensa reúnem-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o Futuro (ASSUMPÇÃO; MEIRELLES e YAZBEK, 2014, p. 109).

Desta forma, e com base na racionalidade mencionada por Marshall, podemos mencionar três modelos procedimentais que se ajustam aos critérios apresentados: mediação, conferências e círculos.

Dentre os modelos referidos, o formato mais aceito pelas instituições estatais aqui no Brasil é a mediação, que tem por escopo possibilitar o encontro das partes envolvidas em um conflito e colocá-las frente a frente, na presença de um mediador devidamente qualificado para concorrer na facilitação do diálogo, de modo a fazê-los compreender e buscar soluções para as circunstâncias que decorrem do ato ofensivo na busca de reparar danos através de um consenso.

Cristina Meireles e Evania Yazbek afirmam que a mediação é um processo relativamente estruturado que perpassa intencionalmente a integral responsabilidade das partes envolvi-

das no litígio. A adesão da vítima e do ofensor ao programa restaurativo é voluntária e pressupõe, por parte do ofensor, o reconhecimento da autoria do dano (idem, p. 110).

Por razões metodológicas e de base dialógica, o encontro entre os interessados, vítima e autor, é precedido de uma preparação específica para que ambos se reúnam com o melhor resultado.

Ainda que adiante tratemos mais detidamente do procedimento restaurativo, neste momento importa-nos dizer que o ritual típico da mediação restaurativa apresenta como ato inicial a demonstração, pelo facilitador, da ofensa cometida, após o que as partes são convidadas a falar de suas histórias até que se chegue ao momento em que a vítima é estimulada a dizer das consequências vividas por ela a partir do dano sofrido. Desde então, passa-se a levantar as necessidades a serem buscadas tentando-se fazer a adequada reparação dos danos por meio da identificação de condutas objetivas voltadas para esse fim.

Enfatiza-se, desta forma, o empoderamento, pelo diálogo, das pessoas envolvidas no conflito que, na intenção restaurativa, proporcionará um consenso sobre a forma de restabelecer a harmonia entre os contendores tomando deles os compromissos e responsabilidades adequadas e objeto do consenso. Este formato é conhecido como VOM (Victim Ofender Mediation).

O outro modelo de recorrente aplicação é a Conferência. Nele envolvem-se diretamente um coordenador, a vítima, o ofensor, suas famílias, os denominados suportes, além de membros da comunidade e, em algumas vezes, integrantes do sistema de Justiça.

A função do coordenador, no contexto da conferência, assemelha-se em certa medida a do mediador uma vez que lhe é dada a atribuição de preparar as pessoas para o encontro, a fim de assegurar que todos estejam ciosos de seus papéis e de sua participação. Aqui, porém, a interferência do coordenador no diálogo e na tomada de decisões é menos substancial do que

na mediação. A ele cabe precipuamente seguir os passos pré-definidos para o procedimento e que implementam os valores restaurativos.

MAXWEL, MORRIS e HAYES (2008, p. 56), também citados por Meireles e Yazbek, propugnam:

Tipicamente, após as boas-vindas, apresentações e avisos sobre o processo, o ofensor inicia a discussão explicando o que aconteceu e como a ofensa afetou aos outros. Daí, a vítima descreve sua experiência e os danos resultantes. A seguir os suportes da vítima e do ofensor também falam. O grupo então decide o que o ofensor precisa fazer para reparar o dano e qual assistência ele precisará para esta reparação. O acordo alcançado é escrito, assinado e enviado às autoridades competentes.

As conferências originaram-se na Nova Zelândia por intermédio da metodologia denominada FGC (Family Group Conferences). Na África do Sul, as conferências têm especial aplicação por meio do método chamado Zwelethemba, um modelo de justiça restaurativa focado na pacificação, onde o objetivo é reduzir a probabilidade de que o conflito perdure (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 91). A expressão Zwelethemba, de origem Xhosa (“lugar de esperança”), decorre do nome de uma pequena comunidade sul-africana situada nas proximidades da Cidade do Cabo, onde tais práticas tiveram início.

Por fim, os Círculos, que representam o objeto de nossa pesquisa e que serão tratados de forma mais ampla no capítulo seguinte, constituem processos centrais como forma de resolução de conflitos nas culturas aborígenes e fundam-se nas ideias de liberdade, horizontalidade e individualidade, não revelando, em suas pretensões, a imposição de decisões de umas pessoas às outras.

Nos círculos restaurativos, a forma conversacional é estabelecida diretamente pelos envolvidos no conflito e bem assim por seus parentes, suportes e representantes da Comu-

nidade, todos sentados de modo circular, proporcionando a oportunidade de fala aos presentes. Esta dialogia é orientada pela posse de um instrumento (peça de fala) que percorre as mãos dos presentes de forma organizada que intenta criar as condições para uma expressão verbal livre e uma escuta ativa.

Desta forma, obtém-se um diálogo cujo sentido é encontrar a maneira adequada de resolver o conflito com a reparação das consequências do evento danoso, sempre por meio de uma ação planejada e que envolva não só os protagonistas diretos do conflito (ofensor e vítima), mas também a comunidade em que ambos se inserem.

O Círculo, a exemplo dos demais procedimentos mencionados, demanda a presença de um facilitador cuja responsabilidade é promover o diálogo em um ambiente de colaboração e respeito de todos para com todos. Compete-lhe formular questões, as denominadas perguntas norteadoras, para obtenção de resposta pelos participantes. Um por vez, apresentando-se cada questão em rodadas autônomas sumarizadas pelo facilitador que coordena a sequência do diálogo por intermédio de novas questões, até que findado este procedimento se chegue ao efetivo consenso sobre a melhor forma de resolver o conflito.

Em se tratando de Justiça Restaurativa, as tradições aborígenes inspiram as práticas contemporâneas de formação de consenso, diálogo e resolução de conflitos.

Os Círculos, por seu turno, podem ser subclassificados em vários modelos, valendo destacar os “círculos de sentença”, instituídos em parceria com sistema judiciário, os “círculos de reparação e cura” e os “círculos de conversa e tomada de decisão”.

Kay Pranis (2010, p. 28-31), apresenta-nos uma classificação para as espécies de círculos de construção de paz: círculo de diálogo: há exploração de diversos pontos de vista sobre determinado assunto, sem necessidade de formação de consenso. Antes, estimula-se a escuta de perspectivas diferentes para reflexão sobre os temas discutidos; círculo de compreensão: tem por

meta a busca de compreensão de algum aspecto de um conflito. Não tem por finalidade necessária a constituição de um consenso nem mesmo de uma tomada de decisão. Busca-se compreender de forma mais plena as causas e o contexto do fenômeno que está sendo esclarecido; círculo de restabelecimento: tem por objeto experiências traumáticas de dor e sofrimento e por objetivo a partilha da experiência vivenciada. Dele, poderá surgir um planejamento para ajuda das pessoas afetadas; círculo de sentenciamento: procedimento destinado à comunidade em conjugação de esforços com o sistema oficial de justiça criminal. Neste modelo, pessoas reúnem-se para a formação de um “plano de sentenciamento” que abarque preocupações e necessidades dos envolvidos. Por força da presença do Estado, é admissível a presença de agentes públicos no procedimento (juiz, promotor, advogado, delegado). Nesse círculo, profere-se uma sentença consensual para elidir o conflito; círculo de apoio: em certa medida, assemelha-se ao círculo de restabelecimento. Porém, no círculo de apoio há reuniões regulares ao longo de determinados períodos de tempo, onde o objetivo é prestar solidariedade àqueles que passam por dificuldades vivenciais. Não constitui um círculo de tomada de decisão, mas admitem o desenvolvimento de acordos ou planos para efetivação da prestação do apoio; círculo de construção de senso comunitário: sua intenção é criar ou fortalecer vínculos relacionais entre pessoas com interesses comuns. Busca apoiar ações coletivas e a promoção de responsabilidades mútuas; círculo de resolução de conflitos: propicia o encontro de pessoas envolvidas em situações de litígio para, com a mediação de um facilitador e na presença da comunidade, resolverem suas diferenças por meio consensual; círculo de reintegração: cria um espaço de encontro entre uma comunidade e um indivíduo que dela foi afastado, na intenção de levá-los à reconciliação, por meio de um consenso. Têm particular utilização na retomada da vida social de adolescentes e adultos advindos de estabelecimento de construção da liberdade; círculos de celebração ou reconhecimento: está centrado na prestação de homenagem (reconhecimento) a um indivíduo ou grupo por determinadas realizações.

CAPÍTULO III: VALORES DO CÍRCULO RESTAURATIVO COMO POSSIBILIDADE DE (RE)FLEXÃO SOBRE OS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

A filosofia subjacente aos Círculos reconhece que todos precisam de ajuda e que, ajudando os outros, estamos ao mesmo tempo, ajudando a nós mesmos.

Kay Pranis

3.1. Os objetivos do procedimento circular e os escopos do processo judicial

Os procedimentos restaurativos, consoante já afirmado, estão fincados em uma filosofia de raízes ancestrais que se aglutinam com experiências e conhecimentos da vida contemporânea, notadamente da sociedade multicultural.

Diz Pranis (2010, p. 8):

Acreditamos que sejam uma forma comum de engajamento coletivo em torno de questões de interesse da comunidade em todos os tempos e lugares. Os processos circulares descritos aqui descendem mais diretamente das tradições de vários povos das Primeiras Nações, pessoas que ainda usam os Círculos e encarnam ensinamentos centrais relacionados aos Círculos em seu modo de vida.

Costumes de comunidades tradicionais, observáveis em todo o mundo, revelam modos laterais de reunião e encontro em forma de círculos, inclusive para buscar-se o melhor entendimento acerca da solução de conflitos de interesses concretos.

Por sua vez, experiências contemporâneas de formação de consenso a partir de uma base dialógica, usam o círculo como

ferramenta de ruptura dos elementos de hierarquização entre os participantes do encontro. Produz-se, pois, uma ambiência propícia à comunicação efetiva, respeitados os elementos culturais implicados e buscando identificar os interesses pessoais em jogo, no propósito de refletir sobre eles e, em certa medida, reconhecer-se a necessidade de transformação pessoal.

Vê-se, desta forma, que o procedimento restaurativo produz uma sincronia entre o atual e o ancestral, estabelecendo bases para a harmonização não só entre as pessoas colhidas pelo conflito, mas entre o indivíduo e o grupo, nos seus aspectos internos e externos.

Observa-se que os círculos, enquanto representação geométrica aplicada à proposta restaurativa, têm uma importante função simbólica, voltada para a isonomia entre os participantes, no encontro restaurativo, e revelam-se como um método cujos objetivos voltam-se para a eficiente estruturação e organização da reunião, do restabelecimento das relações interpessoais e comunitárias e para a tomada de decisões tendentes à resolução do conflito.

Kay Pranis (2010a, p. 8) ressalta o potencial do círculo de instigar as pessoas a revelarem o “melhor de si”.

O Círculo encarna e nutre uma filosofia de relacionamento e interconexão que pode nos guiar em todas as circunstâncias – dentro e fora do Círculo. O Círculo é um espaço intencional concebido para apoiar os participantes permitindo que tragam à tona o “melhor de si” – para ajudá-los a se comportarem com base nos valores que retratam seu modo de ser quando estão no melhor de si. O Círculo cria um espaço protegido que permite praticar o comportamento baseado em valores daquele “melhor de si” naquelas ocasiões em que pareceria arriscado fazê-lo. Quanto mais as pessoas praticam esse comportamento no Círculo, mais esses hábitos são reforçados e levados para outras regiões de suas vidas.

Na medida em que os participantes do encontro restaura-

tivo identificam o “melhor de si” e ajustam suas atitudes neste sentido, descobrem-se os valores restaurativos, fundantes da própria técnica simbolizada na geometria e na geografia do círculo. Há, portanto, uma identificação objetiva, observável, dos valores fundamentais do círculo, não uma presunção de sua existência nem uma imposição de seu uso. Os valores dos círculos restaurativos são reconhecidos e acolhidos a partir de opções conscientes, despertadas nos participantes pelo ambiente formado e por intermédio das conversas com o facilitador que salienta a necessidade de tornar clara a ética interpessoal que há de prevalecer na reunião.

Identificam-se, assim, elementos dialógicos e relacionais que assegurem, tal como o diz Pranis (2010, p. 9): “honestidade, respeito, abertura, cuidado, coragem, paciência e humildade”.

No trabalho *Processos Circulares*, Kay Pranis (2010b, p. 40) faz uma abordagem mais ampla sobre o assunto. A referida teórica menciona outra obra de sua autoria, *Círculos de Construção de Paz – do Crime à Comunidade*, e sugere valores essenciais para a metodologia dos Círculos: “honestidade, humildade, compartilhamento, coragem, inclusão, empatia, confiança, perdão e amor”. Menciona-se, ainda, em *Processos Circulares*, que em Círculos de Comunidades norte-americanas (Washington County, Minnessota), foram identificados, em dado momento, os seguintes valores para os círculos restaurativos: “respeito, humildade, compaixão, espiritualidade e honestidade”.

Conclui, a referida autora (Pranis, 2010a, p. 9-10):

Esses valores são uma visão das possibilidades do grupo. Em geral os participantes não se encontram numa situação que reflete esses valores e ensinamentos quando chegam pela primeira vez no Círculo. A intenção do Círculo é ajudá-los a caminhar na direção desses valores e ensinamentos partindo da situação onde estavam no momento de entrar no Círculo.

Os círculos restaurativos, na medida em que produzem e nu-

trem relacionamentos saudáveis, incidem na formação de mecanismos de frenagem para sentimentos nocivos à boa relação interpessoal: raiva, frustração, intolerância.

“Os valores e os ensinamentos criam um recipiente que pode conter a raiva, a frustração, a alegria, a dor, a verdade, o conflito, diferentes visões de mundo, sentimentos intensos, o silêncio e o paradoxo (BOYES-WATSON e PRANIS, 2011, p. 36)”.

Justamente para que os elementos saudáveis da relação aflorem, desenvolve-se um método voltado para o implemento voluntário desses valores.

Há, então, uma filosofia imprescindível ao trabalho a ser desenvolvido nos círculos, pois o mesmo não representa um procedimento supostamente “neutro”. Antes, funda-se em uma estrutura axiológica partilhada por todos os envolvidos no processo.

Para Kay Pranis (2010b, p. 39), os valores do círculo restaurativo advêm da aptidão humana, universal, de estar conectado positivamente aos demais humanos. Daí, a proposição de que tais valores demandam assunção de compromisso de sua aceitação desde os momentos iniciais do encontro restaurativo.

Observados valores e objetivos dos círculos restaurativos, passemos a fazê-lo, agora, em relação ao procedimento judicial, dizendo, de logo, que, no que diz respeito aos seus fins, pode-se afirmar que, de forma ampla, ele busca alcançar e realizar os objetivos do próprio processo e bem assim da jurisdição estatal.

Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 84), considerando que a finalidade do Estado Liberal não coincide com os objetivos do Estado Democrático de Direito, vigente na atualidade brasileira, sugere uma adaptação daquilo que busca a atividade jurisdicional aos vários escopos da democracia social e participativa. Por esta razão, o referido autor trata, em comunhão com a teoria de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 183-184), dos objetivos a serem perseguidos, que são, a um só tempo: *jurídicos* (uma vez que almejam o alcance da vontade concreta do direito material); *sociais* (buscam o bem comum, alinhando-se aos fins do Estado

e que, neste momento histórico, espelham o ideal democrático, além da pacificação das relações interindividuais e a própria educação dos cidadãos); e *políticos* (que visam à tutela das liberdades públicas sem descuidar da afirmação do poder estatal).

Daniel Amorim Assumpção Neves sugere que por “escopos da jurisdição devem-se entender os principais objetivos perseguidos com o exercício da função jurisdicional.”, fazendo sobressair a ideia de que, em uma perspectiva moderna de jurisdição

“é possível verificar a existência de ao menos três, e no máximo quatro, escopos da jurisdição: jurídico, social, educacional (que parcela doutrinária estuda como aspecto do escopo social) e político.” (2016, p. 103).

Acrescenta-se a essa racionalidade, a intenção precípua de compor a lide, ou seja de, por meio do processo judicial, levar-se a efeito um procedimento que busque a resolução do conflito de interesses concretamente existente e que demanda pacificação.

As teorias contemporâneas que tratam do direito processual, figuram a jurisdição, o processo e o procedimento não mais como uma conjunção de elementos unicamente jurídicos, já que os reconhece dentro de um formato que se fundamenta em aspirações sociais de paz e que se delineia também a partir de premissas políticas, apresentando, assim, uma feição ética, na intenção de potencializar a obtenção de uma justiça legitimada, de forma mais ampla do que histórica e classicamente se observou.

Os valores do procedimento judicial estão refletidos lato sensu na própria norma constitucional, por meio dos chamados princípios constitucionais do processo, mencionados no Capítulo 1, deste trabalho (item 1.2.3): isonomia, juiz natural, inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório, proibição da prova ilícita, publicidade, motivação, além daqueles vinculados à noção de estado democrático de direito: solidariedade, eficiência, dignidade humana.

A teor do que acima se articulou, podemos dizer que, no que diz respeito aos valores expressos a partir dos objetivos dos procedimentos circular e judicial, o que observamos é uma ênfase diferenciada, ainda que ambos tentem, à sua maneira, encontrar a melhor solução do litígio e remontar a paz social.

No procedimento circular, tem-se um esforço muito característico que é voltado para a integração de diversos atores (ofensor, vítima, comunidade), a fim de que todos tenham voz no diálogo a ser instaurado.

Esta situação reflete uma preocupação com o valor participação, na medida em que, atuando efetivamente no processo de construção do diálogo e da solução, forma-se um espaço de interconexão de todos para com todos e, por conseguinte, de transformação pessoal não só do ofensor, que assume um papel na reparação do dano e na formação da solução do conflito, mas também da vítima, na superação de seus traumas, e da comunidade, na assunção de responsabilidades para com os protagonistas do litígio.

Já no procedimento judicial, tem-se em mente valores mais objetivos, vinculados à realização do direito material, dos bens da vida juridicamente protegidos, mas pretendendo alcançar, em sentido amplo, a realização de valores ligados a uma proposta de pedagogia cidadã, especificamente vinculada ao réu (sancionado pela mão do Estado-Juiz). Esta pretensão concretiza-se, em relação à comunidade, por meio do valor exemplaridade, pois há uma crença de que os cidadãos/cidadãs, observando o sofrimento de quem é submetido a uma sanção do Estado tende a não adotar aquela conduta.

Nesta dimensão axiológica, afirma-se um outro valor, imprescindível à proposta da atuação do Estado-Juiz: o valor político do poder estatal. O Estado como um todo, inclusive na esfera jurisdicional, preza com elevada consideração por seu poder de império, a fim de consagrar sua autoridade e, com ela, tentar administrar a justiça.

Vê-se, assim, dentro da proposição deste trabalho e colocando-se o valor participação isonômica, do procedimento circular, ao lado dos valores exemplaridade e exercício hierárquico da autoridade estatal, do procedimento judicial, que podemos repensar a eficácia do modelo estatal, sobretudo em alguns conflitos concretos, sem deixar de reconhecer a racionalidade que a inspira, mas imaginando que, sob uma axiologia mais sugestiva de igualdade entre os sujeitos do processo, seria possível uma resposta estatal mais eficiente.

3.2. A estruturação dos círculos restaurativos, os papéis dos seus integrantes e as funções dos sujeitos do processo judicial

Kay Pranis (2010b, p. 49-55) trata especificamente da questão do círculo restaurativo, abordando-a no quadrante dos seus elementos estruturais, no propósito de efetivar os valores que lhe dão suporte diante de uma realidade concreta. Ela indica seis elementos implicados no procedimento circular, a saber:

- 1) a atuação do círculo demanda orientações prévias para a formação de um autogoverno por intermédio do qual os participantes do encontro normatizem voluntária e conscientemente o eixo de inter-relações, definindo os comportamentos adequados para o alcance das finalidades perseguidas. Há, aqui, um fator fundamental para a consolidação da eficácia da proposta restaurativa: a formatação do encontro, estabelecida por consenso, cria elementos de responsabilidade partilhada perante todos, de modo que, sentindo-se corresponsáveis pela gestão da reunião, tende-se a assegurar maior probabilidade de diálogo honesto e respeitoso, ou seja, de êxito relacional.
- 2) o uso do objeto conhecido por bastão de fala como complemento simbólico, organizacional e funcional do círculo. O referido objeto “circula” passando de mão em mão, entre os participantes, estabelecendo uma ordem de fala respei-

tosa e escuta ativa e qualificada. Desta maneira, busca-se assegurar, pela atenção da fala do outro, que este dê vazão e expressão plena a sua história e emoções, sem interrupções. Sendo livre para expressar-se, sem descurar dos valores do respeito, do cuidado para com os outros, aquele que voluntariamente se propõe a falar vê-se diante de um ambiente seguro para tratar de fatos, circunstâncias e verdades que podem ser difíceis de abordar. O “bastão de fala”, assim, torna objetiva e traduz um método para efetivar o diálogo.

3) A função do facilitador (também denominado guardião) é essencial para a obtenção dos resultados esperados, uma vez que compete ao mesmo proporcionar a ambiência adequada para que os demais participantes atuem no processo com segurança, expressando-se de modo franco e respeitoso. Há, neste contexto, a prevalência de uma atividade supervisional voltada para antever e criar mecanismos que impeçam uma comunicação que se desvie dos objetivos do encontro e, mesmo, em certa medida, de intervenção qualificada para redirecionar as eventuais manifestações incongruentes com a proposta de respeito mútuo previamente definida. Paralelamente, incumbe ao facilitador instigar a reflexão do grupo por intermédio de perguntas ou temas sem oferecer objeções às pautas e indagações espontâneas dos participantes. Enquanto indivíduo cuja função é assegurar o cumprimento do método de trabalho no encontro restaurativo, o facilitador precisa ter bem presente o fato de que jamais poderá direcionar o grupo para um determinado modo de solução do conflito, pois a este (grupo) compete encontrar a maneira adequada para resolver os desencontros interpessoais.

4) a concepção holística do encontro também é elemento fundamental para o método da reunião restaurativa. O ser humano não pode, nesta racionalidade, ser compreendido de outro modo senão em uma dimensão de totalidade: corpo, mente, espírito e emoções. Esta é uma opção que se faz,

como diz Pranis, “intencional e conscientemente”. Por força disto, a cerimônia (do latim *cærimonia*: ato, ação, prática sacra) é atividade de autocentramento individual e do grupo no sentido de ligar-se de forma plena aos objetivos do encontro. A cerimônia realiza-se no início e no final da reunião. Por força de sua própria concepção, a finalidade tem caráter celebrativo, no sentido de solene, reconhecendo-se a oportunidade restaurativa como um momento e um espaço sagrado para os participantes apresentarem-se, diante de si e dos outros, “com uma qualidade de presença” (PRANIS, 2010b, p. 26) superior àquela apresentada no cotidiano.

5) o compartilhamento de experiências pessoais como fonte do poder dos círculos é uma das maneiras de integrar o grupo. O encontro sugere e convida à troca de experiências reais, pessoais, emocionais, históricas. Compreende-se que os relatos dos participantes, a respeito de suas histórias, naquilo que interessa aos objetivos da reunião, induzem de forma mais enfática e efetiva na configuração de uma atmosfera compreensiva e compassiva, pois permitem que eles se vejam de forma integral, multidimensional, e identifiquem-se mutuamente enquanto seres humanos dotados de potenciais e falibilidades, superando, desta forma, as (pré)concepções formadas a respeito uns dos outros. Crê-se que os relatos pessoais criam uma possibilidade de envolvimento emocional e espiritual maior do que a transmissão de dados e informações ou mesmo maior do que a oferta de conselhos, eis que se celebra um intercâmbio vivencial, partilhando-se sofrimentos, esforços, êxitos, fracassos.

6) a tomada de decisões por consenso dos participantes é outro fator imprescindível à obtenção dos resultados pretendidos pelo procedimento circular. Pranis (2010b, p. 27) salienta que a formação do consenso não busca a absoluta satisfação de todos os interessados. Nesse nível, de satisfação absoluta de todos os participantes, pode-se eventualmente não chegar. Porém, forma-se um consenso efetivo

no que diz respeito ao cumprimento da decisão tomada. A atitude de respeito para com a decisão tomada é decorrência direta da fase pré-circular, onde se desenvolve uma sólida consciência ética sobre a base relacional no grupo, principalmente no que concerne aos seus objetivos.

Compreendidos os elementos que estruturam o círculo restaurativo, passamos à perspectiva estrutural do procedimento jurisdicional estatal.

De logo, vale dizer que, visto o Estado em razão de suas diversas finalidades e o Poder Judiciário como um órgão que atua em harmonia com os demais entes públicos, tem-se que o procedimento judicial implementa uma das funções estatais: a de resolver conflitos de interesses concretos. Neste passo, a noção de jurisdição estatal, é concebida enquanto função, cujo significado advém do latim (*functio*: trabalho, execução) e relaciona-se ao verbo *fungor* (cumprir, exercer, desempenhar), que traz ínsita, desde sua etimologia, a ideia de um modo de exercer ou de cumprir determinada tarefa ou atividade.

Nesse âmbito, a função estatal é a maneira pela qual os organismos, ligados – *lato sensu* – ao Poder Público, desenvolvem as atividades relacionadas aos seus objetivos institucionais. Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 340), ao articular que as funções do Estado são “moldes jurídicos dentro dos quais deverão ser cumpridas as finalidades estatais” sobreleva justamente a noção de modelos que orientam a ação do Estado no cumprimento de seus fins legislativos, administrativos e jurisdicionais. Em outras palavras, pode-se afirmar que o Estado, quando atua, o faz voltado para o alcance de certos fins que lhe são próprios e que, para realizar esses fins, se utiliza de funções distintas. Todavia, ressalte-se, a divisão de funções não afeta ou reduz a sua unidade política (OLIVEIRA, 2005, p. 156).

A par dessa compreensão, importa esclarecer que, como função, a jurisdição não pode ser compreendida isoladamente, mas sim em consonância com as demais funções do Estado, ou seja, juntamente com a atividade de legislação e de administra-

ção, seguindo a clássica orientação tripartida de Montesquieu.

A propósito, é nessa perspectiva funcional que o Estado, dirimindo conflitos, afirma o poder de impor coercitivamente as soluções que proclama. Poder que se estabelece quanto à concretude (atuação diante de conflitos de interesses concretos) e definitividade de suas decisões (formação da coisa julgada), mas que, simultaneamente, se subordina ao dever de intervir quando legitimamente chamado pelas pessoas envolvidas em conflitos de interesses.

A obrigatoriedade da intervenção estatal se dá justamente porque, em princípio, não se permite a justiça privada unilateral. Antes, o Estado retira do particular essa potencialidade de atuação, investindo-se na incumbência de administrar a justiça.

Assim, ao mesmo tempo em que é atividade e função, a atuação do estado voltada para resolver conflitos de interesses projeta, além de um poder, um dever do Estado.

A doutrina jurídica (ROCHA, 2009, p. 66-72; MARINONI, 2006, p. 130-132; CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2010, p. 149-154), recorrentemente, admite certos atributos à atividade estatal de resolver conflitos de interesses concretos (jurisdição), por meio dos quais criam-se os elementos de estruturação do procedimento judicial. Dentre estes, sobrelevam-se, no esteio doutrinário: a inércia inicial da atividade do juiz estatal que somente atua após provocação da parte interessada; a imparcialidade judicial, enquanto elemento legitimador e ensejador da confiabilidade necessária para a intervenção no caso concreto como “terceiro imparcial”; a definitividade, que é o caráter de esgotamento da decisão, ao argumento da necessidade de atribuir-se segurança jurídica e não mais admitir rediscussões sobre as questões decididas (exatamente a configuração da coisa julgada); a secundariedade, porque a atividade do Estado-Juiz exsurge não do impulso natural de resolução do conflito, que originariamente sobressai dos acertos, acordos e renúncias, celebrados entre os próprios envolvidos no conflito, mas do esgo-

tamento das vias sociais informais; e a substitutividade, onde o Estado Julgador investe-se na prerrogativa de resolver o conflito que deveria ter sido resolvido pela própria parte que deu causa próxima ao conflito.

Inicialmente mencionemos a característica que limita a atuação do Estado-Juiz para fins de propositura de uma ação judicial: a inércia da jurisdição.

As experiências históricas revelaram que o fato de se permitir ao julgador o ato inicial de mover a ação, criava vínculos psíquicos deste com o resultado final da demanda, de forma a sugestioná-lo e deixá-lo predisposto ao acatamento da pretensão que ele próprio formulara quando moveu a ação. Assim, um dos princípios básicos da atuação jurisdicional passou a ser a necessidade de provocação da atividade do Estado pelo interessado/legitimado (*nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex officio*). Essa legitimação será levada a efeito pelo indivíduo que se afirma titular de um direito. A regra será de que, inexistindo a provocação, inexistirá atividade jurisdicional.

A inércia estatal, que pesa sobre a atuação do Estado-Juiz, não ocorre para entes estatais incumbidos da representação e defesa de certos direitos (Ministério Público, Defensoria Pública, Autarquias). Porém, nestes casos, a atividade estatal não estará vinculada à defesa de um direito material próprio do ente que move a ação, mas sim pertencerá àqueles que buscam proteger.

Demais disso, também não se configura a inércia do Estado-Juiz no decorrer do procedimento, sobretudo no que concerne ao impulsionamento do rito estabelecido. Já que o rito do processo judicial se desenvolve ato por ato, compete ao juiz ir determinando que os atos procedimentais sejam realizados – *procedere* –, na direção de seu fim.

Outra característica fundamental para a atuação estatal, nos seus fins jurisdicionais, é a imparcialidade, cujo sentido está implicado no respeito à equidistância que deve ser guar-

dada, pelo Juiz, em relação às partes (imparcialidade processual), de modo a não ensejar favorecimentos unilaterais.

Além disso, imparcialidade significa também a ausência de preconceções a respeito do direito material a ser aplicado no caso concreto (imparcialidade substancial). Em outras palavras, significa impedir que o juiz, antes mesmo de se deparar com os elementos específicos da causa, inclusive os elementos de prova, defina previamente o conteúdo de sua decisão com amparo em preconceitos subjetivos relativos às discussões implicadas no conflito.

Vê-se, pois, que tanto é parcial o juiz que faz concessões a uma só das partes, facultando-lhe oportunidades sem que o faça, do mesmo modo, em relação à outra, quanto o juiz que impõe sua ideologia pessoal, subjetiva, não admitindo certo tipo de pretensões ou de defesa, prejudgando a lide, antes mesmo de conhecer o material probatório que está a seu dispor.

Por oportuno, convém registrar que não se pode esperar que o juiz seja ideologicamente neutro. Porém, não se pode admitir que ele extravase seus preconceitos sem conhecer os meandros de cada causa.

Importa mencionar, ainda, na esteira dos ensinamentos de José de Albuquerque Rocha (2009, p. 69), o atributo da definitividade das decisões judiciais, consubstanciada na imperatividade da coisa julgada material, expressão da autoridade do Estado, impondo a imutabilidade de suas decisões, em reverência ao princípio da segurança jurídica.

Uma vez decidida a causa onde o julgador analisou os fatos (mérito da causa), tal matéria não mais poderá sujeitar-se à nova decisão, sob pena de trazer instabilidade e insegurança aos indivíduos envolvidos no conflito.

Vale considerar, também, o caráter de secundariedade da atuação jurisdicional, tal significando que é a mesma a última esfera de resolução de conflitos, pois natural e espontaneamente as relações sociais tendem a elidir os conflitos eventualmente

existentes por meio da autocomposição ou mesmo, ainda que excepcionalmente, da autotutela.

Porém, quando os particulares não resolverem voluntariamente suas pendências, com o uso desses primeiros instrumentos, restar-lhes-á fazê-lo, secundariamente, através da jurisdição.

Por fim, a substitutividade é atributo da jurisdição, sobretudo porque o Estado-Juiz assume a vontade e realiza a atividade própria dos interessados no deslinde do conflito. O elemento volitivo desloca-se, desta forma, do indivíduo interessado (prejudicado) para a esfera do Estado-Julgador, de modo que a este caberá tomar as iniciativas e providências que competiriam àquele. Em matéria de execução patrimonial, o Estado-Juiz sub-roga-se na vontade do devedor e expropria os seus bens para os fins de garantir o adimplemento da obrigação. Aqui também expressa-se o caráter de substitutividade como característica da jurisdição estatal.

Ainda acerca dos elementos de compreensão do Estado enquanto ente julgador, a doutrina jurídica (CARNEIRO, 2010, p. 73-74; ALVIM, 2006, p. 251-267; OLIVEIRA, 2010, p. 221) ocupa-se em demonstrar, para os fins de estruturação da justiça estatal e de exercício de seu papel, a existência de um sistema de competências, a fim de atribuir-se poder de julgamento aos diversos juizes existentes.

Conforme estabelecido constitucionalmente, cabe precipuamente ao Poder Judiciário, a tarefa de administrar a justiça, ou seja, de fazer atuar a lei no caso concreto. Há de se levar em conta, no entanto, que a quantidade de demandas existente distribui-se no extenso território brasileiro e se refere a uma considerável variedade de assuntos jurídicos, ou seja, a uma diversidade de matérias (direito civil, penal, administrativo, tributário, do consumidor). Esse contexto traz a necessidade de organizar e distribuir racionalmente a atividade jurisdicional, de modo que se possa atender ao reclamo social de dirimir, com eficácia, os conflitos de interesses. Tal necessidade, por sua vez, exige a

multiplicação dos órgãos jurisdicionais que, sem comprometer o sentido de unidade da jurisdição, encarrega um número vário de julgadores para conhecerem e decidirem o vultoso número de processos (OLIVEIRA, 2005, p. 166).

Precisa-se, neste contexto, saber-se quem, ou melhor, que órgão judiciário, dentre os muitos existentes, irá decidir esta ou aquela causa.

Para isso, surgem as regras de distribuição das competências entre cada um desses órgãos jurisdicionais.

Competência – do latim *competencia*: simetria, proporção, de *competere* – significa, a parcela de poder-dever que se atribui a cada um desses órgãos incumbidos de julgar os conflitos existentes. Evidencia-se, desta forma, que, ao se falar em competência, se está a definir uma limitação para o exercício da jurisdição.

O objetivo não é reduzir o poder do julgador, no âmbito de sua competência, mas sim estabelecer os limites, o até onde ele terá o munus da função jurisdicional.

A delimitação da função jurisdicional, ou seja, a competência, é realizada, de início, pela própria norma constitucional, passando, gradativamente e naquilo que a Constituição Federal não cuida, para a legislação infraconstitucional (leis federais, sobretudo pelos Códigos de Processo Penal e Civil; e leis estaduais, sobressaindo-se, dentre estas, os Códigos Estaduais de Organização Judiciária).

Faz-se, pois, uma definição prévia e abstrata da competência, ou seja, indica-se, antecipadamente ao caso concreto, quem ou quê órgão irá julgar a causa.

Assim, antes mesmo de o conflito de interesses acontecer no mundo real, já preexiste um juízo de direito ou um Tribunal definido para, na hipótese de uma ocorrência concreta, já se saber a quem se dirigir para solucioná-lo.

Convém pontuar que a Constituição Federal veda expressamente a existência de Tribunais de Exceção, que são órgãos

jurisdicionais criados *post factum*. Desta forma, a implementação abstrata e prévia das regras de competência impede a subsistência desses tribunais.

Traçando-se, agora, uma comparação dos valores que fomentam a axiologia que estrutura o círculo restaurativo e o processo judicial, queremos destacar que este demonstra que o sistema oficial (estatal) está densamente preocupado com o exercício de sua autoridade e, para tanto, com sua legitimação para formular os julgamentos diante de conflitos de interesses concretos, circunstância que advém, segundo as diretrizes legais, por intermédio de um dos seus valores fundantes: o poder estatal. Dessa preocupação, decorrem outros e já mencionados valores que estruturam o sistema oficial de justiça, dentre eles o que sustenta a ideia de que o conteúdo das decisões proferidas em últimas instâncias não mais pode ser discutido. Implementa-se o instituto jurídico da coisa julgada e, com ele, o valor da definitividade da palavra estatal, ao argumento de assegurar-se o valor segurança jurídica e não permitir que questões conflituosas fiquem irresolvidas indefinidamente.

O Estado-Juiz invoca, ainda, para os fins de atingir os níveis de confiabilidade (ainda que formal) para justificar seu poder, o valor imparcialidade cuja dimensão desdobra-se em diversas situações processuais, a saber (exemplificativamente): impossibilidade de propositura da ação pelo juiz (princípio da iniciativa da parte); definição de um juízo prévio para conhecimento da lide (sistema de competências norteado pelo princípio constitucional do juiz natural), a fim de evitar que elementos outros admitidos *post factum* configurem um Tribunal de Exceção; afastamento do julgador em casos de vinculação com uma das partes (causas de impedimento e suspeição).

Vê-se uma relação direta entre o exercício do poder conferido ao Estado-Juiz e toda a estrutura filosófica que o justifica (juiz natural [competente], coisa julgada, imparcialidade).

O Círculo Restaurativo, por seu turno, evidencia uma axiologia a respeito de sua estrutura considerando outros com-

ponentes, dentre eles queremos destacar que, ao invés de um sistema de competências, tal como o faz o sistema judicial, a preocupação com a definição das situações que serão submetidas ao rito restaurativo está contida na “apropriação do caso”, pelo facilitador, que observará a pertinência da aplicação do modelo não estatal. A referida preocupação também está contida no planejamento das atividades iniciais do Círculo e no contato com os participantes necessários e potenciais. Compreendemos, aqui, a presença do cuidado com o outro como um valor, não só relativamente aos elementos objetivos da causa mas também e principalmente aos aspectos pessoais (humanos) nela envolvidas, a fim de que se situem quanto ao que vai ser proposto no encontro. No sistema judicial, diga-se, compete à parte orientar-se desde o momento pré-processual por meio de seu advogado.

Neste passo, convém dizer que a proposta formal que o Estado apresenta, incluindo aqui o Estado-Juiz, não é necessariamente de cuidado, mas sim de urbanidade (é a expressão legal nos arts. 360, IV, e art. 459, § 2º, do Código de Processo Civil) entre os sujeitos processuais.

Contudo, o que no mais das vezes acontece – e na prática judiciária se admite – é um tratamento fortemente impessoal, não no sentido do princípio da impessoalidade inerente à administração pública (CARVALHO FILHO, 2009, p. 19), mas no sentido de certa indiferença dos atores processuais para com as demais pessoas, sobretudo o cidadão jurisdicionado. Neste contexto, vale uma reflexão sobre o sentido da urbanidade empregada, a fim de que ela traduza um caráter de compromisso e respeito dos sujeitos processuais para com todos aqueles que se servem do sistema oficial de justiça e não represente imagens de indiferença, expostas no mais das vezes em grandes atrasos nas audiências e adiamentos comunicados à última hora. O trato relacional sugere a adoção de cuidados básicos como um princípio (um valor) do próprio sistema. Sua negação, na medida em que frustra expectativas, desacredita a metodologia utilizada e mesmo as pessoas que a manuseiam.

No que tange o círculo restaurativo, evidencia-se que, desde os primeiros momentos há, na atuação do facilitador, para os fins de estruturação e organização do encontro entre os participantes, a intenção de instigar a reflexão dos envolvidos no conflito, a fim de que compreendam que o encontro restaurativo buscará entender o fato tanto na dimensão objetiva quanto no seu contexto subjetivo, intentando alcançar não só elementos de reparação material, mas aspectos sociais, emocionais e espirituais, voltados para o restabelecimento das relações individuais e comunitárias perdidas. Revela-se, neste ponto, a dimensão de complexidade como um valor relativo ao elemento cognitivo da filosofia e da prática circular.

Além disso, constitui a axiologia da estrutura do rito circular, o fomento à expressão integral dos sujeitos, inclusive em suas vulnerabilidades, como meio de se formular um juízo de realidade sobre suas necessidades. A partir delas, surge um outro elemento axiológico: o valor consenso. Este é um dos desdobramentos da ausência de julgamentos e hierarquias que marcam o encontro restaurativo. Acredita-se que por meio do valor isonomia entre os participantes, obter-se-á melhores resultados na formação de um outro valor estrutural do Círculo: sua base dialógica.

Com isto, segundo o que ora queremos destacar, é que cuidado, enquanto expressão de respeito, acolhimento, afeto e abertura para com o outro; complexidade, enquanto reconhecimento de que o conflito será melhor assimilado se a abordagem que se lhe faz transcender o componente objetivo; dialogia, enquanto possibilidade e decorrência da igualdade entre os participantes; e consenso, como forma de encontrar a melhor decisão, constituem parâmetros bastante significativos para a boa resolução da causa e, nisso, cremos, que o sistema oficial estatal pode colher algumas referências teóricas e pragmáticas para o seu aperfeiçoamento.

3.2.1. Vítima, ofensor, comunidade, facilitador

A composição subjetiva do círculo restaurativo demanda uma consideração própria, na medida em que os valores do procedimento a ser instaurado perpassam pela aceitação consciente e voluntária dos participantes.

Na esteira do que já se tem dito ao longo desse trabalho, o ritual a ser seguido no Círculo tem a intenção de envolver os participantes, em um método que equivale a uma comunidade de trabalho, de modo que todos se integrem de forma ampla: emocional, mental, espiritual e física.

O elemento mais básico da essência do círculo condiz com a presença de diversos atores, principalmente a vítima, o infrator e sua comunidade. Além deles, os círculos podem acolher famílias, aqueles que pretendem prestigiar e dar apoio aos envolvidos no conflito (denominados “suportes”) e o próprio Estado, em algumas representações dos Círculos.

De início, tratemos da vítima como personagem e protagonista dessa modalidade de encontro restaurativo.

Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 55), ao demonstrar a perspectiva histórica do papel da vítima no processo de resolução de conflitos, diz que a vítima recebeu considerável privilégio e teve importante papel nos sistemas de solucionamento de conflitos. O antedito teórico revela que desde os primórdios da civilização até o final da alta idade média, a vocação dos procedimentos para resolver litígios tinha por intenção, primeiramente, restituir à vítima o bem que o dano lhe privou e, somente a posteriori, ocupava-se da punição do agente infrator.

Assim, o “foco” consistia em privilegiar a vítima, no sentido de satisfazê-la, quanto à reparação do bem, e com isto devolver-lhe a paz subjetiva.

Vale considerar que, nesta perspectiva, não há uma consideração restaurativa, ainda que haja foco nos interesses da

vítima, pois inexistente propósito dos referidos sistemas de restabelecerem relações intersubjetivas.

Uma vez restituído o bem, a vítima contentava-se, dava-se por satisfeita e o procedimento para atribuição de uma sanção ao infrator já não representava a essência do procedimento.

Contudo, mesmo neste prisma, com a instituição do processo penal inquisitivo, a vítima perdeu esse papel: deixa de ser protagonista, uma vez que a centralidade da atuação dos sujeitos estatais passa a ser exclusivamente a punição do infrator.

O procedimento ingressa em uma etapa em que a figura do terceiro autoproclamado imparcial, assume o papel da própria vítima, alijando-a quase por inteiro do procedimento e assumindo a função de mantenedor da ordem social.

Do ponto de vista jurídico, a vítima é a pessoa sobre quem recai a ação do agente infrator, ou seja, é o ente que sofre o dano, a limitação nos seus direitos e interesses.

Observa-se que a compreensão desse personagem, para os fins que o direito pretende, dentro de uma concepção legalista, a considera a partir da ocorrência de um fato específico: o dano. Objetivamente formula-se o questionamento: há o dano? Em caso positivo, identifica-se aquele que o recebeu e assim constancia-se o sujeito passivo do ilícito.

A vítima, no entanto, dentro de uma abordagem restaurativa, é compreendida de modo mais aberto e amplo, sendo considerada também a partir de atributos emocionais e elementos que lhe caracterizam pessoalmente. Não se trata de visualizar a vítima, qualquer vítima, todas as vítimas, mas aquela especificamente atingida naquele exato momento histórico de sua existência, em que lhe pesavam questões pessoais favoráveis ou desfavoráveis, maior ou menor vulnerabilidade, seu contexto social, sua estrutura familiar.

A consideração da vítima como ente humano dotado de potencialidades e carências induz a um cuidado específico de seus interesses após a conflagração do conflito. Não é de se

cuidar apenas das formas objetivas de pacificação, punindo o agressor, que se resolve por si só a questão do mal sofrido pela vítima. Para a abordagem restaurativa, implementada entre outras formas pelos círculos restaurativos, a vítima demanda cuidados para que o mal sofrido não a instigue a dar vazão a outros males, desta feita provocados por ela própria e criando uma espiral contínua de violência.

Uma importante observação sobre as formas de restabelecimento da vítima, após o conflito, é trazida por Edgar H. Bianchini (2012, p. 146) quando ressalta que “a abordagem restaurativa não pode ser usada como um mero instrumento de catarse emocional, ou outro retorno negativo ao momento do crime”. O trato com a vítima não se ocupa de sua mera purgação, no sentido emocional. É preciso restabelecê-la socialmente, pacificá-la, dentro do possível, com o agente infrator, a partir de elementos sobretudo espirituais (empatia, compaixão, perdão).

Edgar H. Bianchini (2012, p. 147) ressalta:

Deve haver o cuidado do facilitador com as reações da vítima, de forma que a abordagem restaurativa não seja uma resposta pessoal ao crime, na qual a vítima possa aplicar e empreender respostas agressivas de ordem física, emocional ou intelectual ao ex-agressor para readquirir o controle retirado pela hostilização. Seria uma espera para a realização da reunião “vingativa” do momento do delito, e não restaurativa ao momento anterior ao delito.

Do mesmo modo, a atuação do Círculo demanda atenção com a possibilidade de revitimização, o que demonstraria efeito contraproducente da abordagem, cuja ideia é libertar e não reescravizar a vítima ao agente agressor ou ao evento danoso que, em certas situações, são profundamente densos e de difícil superação. Daí, o trato com a vítima exigir intensos cuidados para que não haja retrocesso no processo de cuidado/cura.

Eduardo Rezende de Melo, mencionado por Bianchini (2012, p. 148), salienta que o procedimento restaurativo, desde sua essência filosófica, enfatiza o “amparo das vítimas” e o

“atendimento de suas necessidades, dando-lhes um papel ativo na condução das negociações em torno do conflito”.

A participação da vítima nas discussões sobre as melhores alternativas para resolver o conflito a reempodera e concorre para a superação do trauma, da ferida.

O Estado assume, neste contexto, um papel secundário, uma vez que não é ele que sofre direta e pessoalmente o mal. Assim, a forma como a vítima é enxergada é diversa do sistema estatal, uma vez que transcende a noção estritamente jurídica do sujeito passivo do ilícito e busca compreender o ser humano atingido pela hostilidade do agressor, tentando identificar e satisfazer suas necessidades de recuperação social, emocional, espiritual e física.

No que se refere ao ofensor, enquanto agente que leva a efeito a prática danosa, por meio de sua ação ou omissão, em sede de justiça restaurativa tem-se que o mesmo precisa ser instigado a compreender as consequências de sua atitude de forma ampla, tanto no que diz respeito à vítima quanto no que concerne à sua comunidade.

Não se trata, aqui, de observar o fato objetivo de forma impessoal e na ótica da violação dos interesses quase que exclusivos do Estado em garantir a paz social, mas sim de assimilar a complexidade do evento danoso desde a sua configuração psicológica, emocional, social, cultural, espiritual, econômica, comunitária.

Coloca-se o infrator diante dessa rede de desdobramentos de sua atitude, situando-o diante do todo e buscando a sua conscientização acerca do encargo que lhe pesa de reparar sua conduta, com a assunção de responsabilidades para com a vítima, a comunidade e para consigo mesmo.

Há, nesta forma de compreender a figuração do infrator, no contexto do conflito e de sua resolução, uma dimensão claramente pedagógica, preventiva de outros males.

Tal forma não deixa de traduzir providências jurídicas, no sentido de que se busca realizar a composição justa do conflito. Porém, a noção de assimilação ampla do conflito dá, ao infrator, uma possibilidade de entender que seu ato afeta a vítima e a comunidade de uma forma que transcende o “objeto jurídico imediato” (bem material ofendido) e repercute na vida delas de modo recorrente, em razão da ferida deixada e de seus desdobramentos.

Bianchini (2012, p. 148) pontua que o dano, ensejador do conflito, é “algo pessoal, direto, que se prolonga no tempo, traumatizante, misto, complexo. E a consequência do delito tem resultados equivalentemente complexos.”

Por outro lado, a abordagem restaurativa sugere que o contexto sócio-econômico e cultural do agressor também seja considerado, uma vez que o próprio delito pode constituir uma forma de solicitar uma perspectiva diversa para sua vida. As diversas “ausências” devem ser consideradas para os fins de buscar-se a redenção do infrator.

Ausente de família, de afeto, de comunidade, de Estado, de educação, de atenção àquilo que é elementar ao ser humano, em muitos casos, desumaniza o indivíduo que, no anseio da sobrevivência material e emocional, lança-se de forma agressiva para revidar à violação imposta pelo que lhe é negado.

Trata-se de um procedimento em que são esclarecidas as motivações que levaram ao cometimento do crime – não a motivação jurídica, mas sim a motivação pessoal do infrator (Bianchini, 2012, p. 148).

O sistema de resolução de conflitos deve atenção a estes aspectos, a fim de que se demonstre, para o infrator, que sua comunidade se importa com sua recuperação, inclusive, demonstrando-lhe que o dano praticado pode constituir uma oportunidade de superação das limitações de sua vida. Por isso, fala-se em um controle social “informal” ramificado, presente nas escolas, igrejas, ambientes de trabalho, e sempre em uma perspectiva de educação para a cidadania.

Ainda que reconhecendo a complexidade que envolve o conflito, a abordagem restaurativa não se descuida da necessidade de responsabilização do ofensor, pelo dano praticado, de modo que ele atue diretamente na reparação do malfeito. É, em parte, dessa responsabilização que defluirá o elemento educativo e a obtenção do perdão da vítima e da reinserção ativa à vida comunitária.

Quanto à participação da comunidade, no procedimento dos círculos restaurativos, é importante considerar que, antes de integrar um sistema específico de resolução de conflitos, a vida coletiva por meio de critérios de opinião pública, aprovação e reprovação de comportamentos individualmente considerados, constitui mecanismos de controle social. Esse controle, contudo, não tem o caráter formal dos sistemas expressamente repressivos, ele se dá de modo informal.

Ainda que a vida contemporânea tenha subtraído parte dos sentimentos de pertencimento à comunidade, em sentido amplo, o indivíduo continua vinculado a fatores culturais, de psicologia social que lhe sugerem certa aceitação do grupo comunitário.

Assim, para os fins restaurativos almejados pelos sistemas que o adotam como modo de solucionamento de litígios concretos, torna-se fundamental que a comunidade participe ativamente do procedimento voltado para tal finalidade.

Porém, essa participação comunitária não se limita a criar, psicologicamente, mecanismos de frenagem na atitude do indivíduo. A função procedimental da comunidade será essencial também no que diz respeito ao apoio à recuperação da vítima, no que se refere à superação do trauma, e ao infrator, naquilo que importa na sua mais ampla inserção na vida da coletividade.

Novamente invocamos a lição de Edgar H. Bianchini (2012, p. 152) que, referindo-se ao papel exercido pela comunidade, aduz:

Essa forma de controle não existe apenas para reprimir, mas ensina, educa, corrige, transforma, molda o cidadão na moral social, bem como forma o seu caráter.

Uma das funções mais acentuadas da comunidade, no procedimento restaurativo, é fazer com que os vínculos muitas vezes perdidos dentro da sociedade de hiperconsumo, individualista, sejam refeitos. Ressignificar relações humanas virtuais em relações humanas reais, no sentido de que as pessoas se sintam efetivamente ligadas umas às outras, por fatores que as identificam concretamente: o afeto, o perdão, o cuidado, a responsabilidade para com outro. É a superação dos chamados “laços sociais nulos” (Bianchini, 2012, p. 152), sem a qual somente restará a atuação do Estado, como terceiro supostamente imparcial para resolver, por sua vontade e mediante os seus critérios, os conflitos existentes, provocando, muitas vezes, o completo desempoderamento dos protagonistas do conflito.

Convém trazer à discussão, neste ponto, ainda que não pretendamos caminhar nesta senda, eis que a questão não versa diretamente sobre o objeto da presente pesquisa, a advertência formulada por Rosenblatt (2014, p. 58), no sentido de que a integração da comunidade demanda uma consideração contemporânea e, portanto, não-romantizada, pois, se assim não for, corre-se o risco de fazer da participação dos sujeitos comunitários algo artificial e descompassado com o próprio ideal de restauração da harmonia relacional.

A abordagem restaurativa, ao incluir a comunidade no processo de construção do diálogo necessário para a resolução de conflitos, o faz para que haja o estreitamento das relações interpessoais, buscando-se identificação das consequências do dano existente, a fim de curar-se a vítima e conscientizar-se e responsabilizar-se o agressor, tudo no propósito da pacificação social e do restabelecimento do equilíbrio relacional perdido.

Importa mencionar, com ênfase, o papel do mediador no contexto de aplicação dos princípios restaurativos, uma vez que

a ele compete planejar e criar as condições adequadas para que cada participante se expresse de maneira plena, digna e respeitosa.

Para tanto, incumbe ao facilitador proporcionar a formação dos elementos essenciais do círculo que, na concepção de Pranis (2011, p. 14), dizem respeito (1) aos valores/diretrizes a serem perseguidos desde a preparação do encontro, o (2) sentar-se em círculo junto aos participantes, em um ritual que se inicia, na fase do Círculo, com as cerimônias de (3) abertura e (4) fechamento, incluindo ainda, na fase de preparação, (5) a definição das perguntas norteadoras do encontro, e (6) a identificação da peça central e (7) do objeto da palavra (bastão de fala).

Nesta configuração, a primeira grande função do facilitador é concorrer para a formação da dimensão axiológica do encontro. Em outras palavras, cabe ao mesmo incentivar as partes e demonstrar a importância capital de encontrar-se conjuntamente as diretrizes e critérios valorativos que guiarão o diálogo a ser implantado no Círculo Restaurativo. São essas diretrizes que definirão os tipos de acordo que serão admitidos e, mais, descreverão os comportamentos, as atitudes dos participantes, de modo a deixá-los seguros para uma expressão verdadeira de seus pensamentos e de suas emoções.

Essa formatação conjunta dos elementos axiológicos do círculo restaurativo constitui as normas do encontro e pré-definem as medidas de cada comportamento, fazendo com que o próprio grupo reconheça a importância de delimitar os seus movimentos, a fim de isentar-lhe de excessos que contradigam os objetivos do encontro restaurativo.

Os limites, contudo, não serão absolutos. Eles servem, tal como o afirma Kay Pranis (2011, p. 14), na apresentação de “lembretes de reforço das expectativas de comportamento de todos dentro de um círculo”.

Definidos os valores por consenso, o facilitador iniciará a preparação do encontro, buscando difundir entre os participan-

tes o formato físico, a dimensão espacial em que todos serão envolvidos: a forma circular da reunião, sem mesas, sem lados, onde todos se sentam frente a frente, enfatizando o caráter igualitário da reunião, tentando suplantar as hierarquias que a cultura ou as posições sócio-econômicas eventualmente estabelecem, e demonstrando o sentido de conexão e convergência de todos para com todos do círculo restaurativo, desenvolvendo, enfim, um senso de foco.

Kay Pranis (2011, p. 14) afirma que esse arranjo onde todos se apresentam sentados sem a intermediação de mesas ou barreiras permite a visualização de cada um na sua inteireza, não apenas naquilo que falam, mas em todos os seus movimentos, ou seja, na sua expressão corporal. Isso, para a referida autora, cria um senso de responsabilidade mais sólido. Daí, a importância da forma circular.

É nesta formatação que o grupo fará as celebrações inicial e final que demarcam a ambiência restaurativa. A cerimônia de abertura tem o objetivo de sugerir que o encontro representa um espaço sagrado, diferente dos demais espaços domésticos ou sociais.

A marcação clara do início e fim (...) é muito importante porque o círculo convida os participantes a deixar cair as máscaras e proteções comuns que eles possam usar para criar distâncias de seu verdadeiro eu (core self) e o eu verdadeiro dos outros (Pranis, 2011, p. 14).

O ritual de abertura sugere a cada participante a centrar-se no encontro, afastando distrações e observando que, naquele momento, criam-se os laços de interconexão.

Por seu turno, o rito de encerramento, celebrado na cerimônia de fechamento, sugere uma expectativa positiva de futuro no tratamento dos participantes com as questões abordadas no encontro restaurativo. Cria-se a ideia de um continuum da abordagem feita, no sentido de que, psicologicamente, os parti-

participantes preservem, diante dos outros, a proposta de respeito, plenitude e dignidade relacional.

Ressalta-se, aqui, que nos encontros continuados, os participantes podem participar do planejamento das cerimônias de abertura e encerramento.

O facilitador organizará a pauta temática do encontro a partir das chamadas perguntas norteadoras.

Nos círculos restaurativos são feitas rodadas de perguntas e respostas sobre temas que encaminham o diálogo. Tais perguntas instigam cada participante a falar, ainda que de forma não obrigatória, sobre os aspectos objetivos e subjetivos que induziram ao conflito de interesses.

A preparação das perguntas requer um cuidado acentuado, uma vez que toda a discussão a ser formada circundará o entorno daquilo que, em princípio, o facilitador colocará na pauta do diálogo. É esse cuidado na elaboração das perguntas e a atenção do facilitador na própria apresentação das respostas que impedirão que o diálogo se fixe em aspectos superficiais do conflito.

É, também, na etapa de preparação do círculo que serão identificadas não apenas as questões objetivas (o que, quando, onde), mas também os elementos subjetivos (por que) e os procedimentais (qual o objeto da palavra, a peça central, como serão as cerimônias de abertura e encerramento, quais as perguntas a serem levadas ao grupo).

Nesta ocasião preparatória, também serão observadas as necessidades relacionais, de modo que haja, por meio de encontros individuais do facilitador com os participantes do encontro restaurativo, o depuramento de sentimentos negativos eventualmente existentes, antes da reunião do grupo.

As perguntas norteadoras são elaboradas no contexto dos pré-círculos.

Nos círculos restaurativos é usual a utilização de uma peça (um ou mais objetos) que seja posicionado no centro do círculo,

a fim de estabelecer um viés de convergência, de conexão entre todos os participantes.

A peça central em regra é colocada no chão. É possível que peças que tenham valor para o grupo sejam utilizadas. Simbolicamente, quanto mais importante for a peça para o grupo, maior sentimento de respeito e representatividade existirá, em relação aos valores do encontro.

Outro instrumento que, ao longo do tempo, veio a tornar-se essencial à ritualística dos círculos restaurativos, é o objeto da palavra (bastão de fala), utilizado para a regulamentação do uso da fala de cada participante. Segue-se, pois, a geometria escolhida e, portanto, de forma circular, o objeto vai passando de mão em mão, permitindo que os participantes, um a um, façam uso da palavra, na ocasião em que estiverem de posse do objeto. Neste momento, cada pessoa terá plena possibilidade de expressão e os demais aguardarão sua ocasião para manifestar-se. Busca-se, assim, a formação de um fala autêntica, no sentido objetivo e emocional, e uma escuta ativa.

Para Kay Pranis (2011, p. 15):

O objeto da palavra é um equalizador poderoso. Permite que cada participante tenha igual oportunidade de falar e carrega o pressuposto de que cada participante tem alguma coisa importante para oferecer ao grupo. A medida que passa fisicamente de mão em mão, o objeto da palavra tece um fio de conexão entre os membros do círculo. O objeto reduz o controle do facilitador e, conseqüentemente, compartilha o controle do processo com todos os participantes.

Da mesma forma que a peça central, quanto maior for o significado valorativo do objeto da palavra, para o grupo, maior será o nível de respeito implicado na escuta do participante que o detiver.

Sobre as funções do facilitador, faremos uma abordagem complementar quando tratarmos do desenvolvimento do procedimento, ocasião em que sua atuação será mensurada no pré-círculo, no círculo e no pós-círculo.

A integração dos círculos restaurativos, quanto às pessoas que o formam, também expressa valores importantes. Dentre eles, o já mencionado valor participação efetiva a ideia de interconexão dos componentes do Círculo.

A participação concreta da vítima cria mecanismos de empoderamento da mesma, estabelecendo as condições necessárias para sua recuperação interna e externa.

Por sua vez, os diálogos com o ofensor põe na pauta aquilo que precisa ser enfrentado por ele próprio para entender a repercussão de seus atos e, neste contexto, assumir um papel proativo no sentido da assunção consciente e voluntária de responsabilidades. O trabalho de conscientização do ofensor tem, conforme já dito, um viés estritamente pedagógico. Essa dimensão (pedagógica), também está presente nas intenções do Estado. Ocorre que no sistema estatal de justiça a assimilação de uma cultura de cidadania, crê-se, advirá pelo sofrimento causado pela segregação ou pela imposição de sanções outras, impostas coercitivamente.

Há, nos dois contextos, pretensões semelhantes que tentam alcançar seus resultados por vias distintas. Pensamos que é possível que o processo judicial seja ressignificado em alguns aspectos, a partir do momento em que reconheça a complexidade do malfeito causado pelo ofensor e que este, apenas segregado, talvez não adquira o nível de conscientização adequado para ressocializar-se. O que se vê, do ponto de vista pragmático, é exatamente o oposto, o ofensor (réu no processo judicial), principalmente nas lides penais, retornando, após o cumprimento da pena, ainda mais propenso à prática de delitos.

Assim, pode ser importante criar, no sistema estatal, elementos dialógicos entre o ofensor, a vítima e a comunidade. Neste caso, seria possível, em certas situações, obter-se o perdão correspondente, por parte do ofendido e a demonstração objetiva de que a comunidade se importa com a recuperação do ofensor. Neste passo de acolhimento social, a comunidade também pode contribuir para que a vítima supere suas feridas

e não se disponha a traduzir suas frustrações em atitudes sociais negativas (raiva, intolerância, violência).

Por fim, importa considerar que um valor fundamental da estrutura subjetiva do Círculo restaurativo está vinculada ao papel do facilitador: o já mencionado concurso, que o mesmo deve ter, para a constituição dos valores do grupo, no círculo restaurativo. Quanto mais estreita é a relação entre os valores eleitos e as pessoas que os definem, maior o nível de identificação e respeito dos participantes para com as expectativas e resultados do círculo restaurativo.

Fazendo a comparação dessa identificação dos protagonistas da situação conflituosa no modelo restaurativo com a aceitação dos valores do sistema estatal, vê-se que este ocorre (se efetivamente ocorrer) por presunção. Acredita-se que o cidadão respeita o Poder Judiciário por uma razão material e não apenas formal. Contudo, tal pode constituir em uma inverdade, na medida em que se observam inúmeras condutas em que se atenta contra a dignidade da justiça, seja por descumprimento de suas decisões, pelo exercício de litigância de má-fé, pelos falsos testemunhos, pela crença social na impunidade.

Desta forma, também aqui pensamos que o desenvolvimento de atividades voltadas para o reconhecimento dos valores do sistema oficial de justiça podem aperfeiçoar os seus resultados. Daí, a criação de uma fase pré-judicial pudesse constituir um importante fator de aperfeiçoamento do procedimento judicial.

3.2.2. Autor, réu, juiz, advogado, Ministério Público

A teoria jurídica trabalha a configuração dos personagens da relação processual, predominantemente, sob a terminologia de existência de sujeitos do processo, seguindo, desta forma, uma orientação correlata que inspira a composição do processo por sujeitos de direitos.

A compreensão da relação jurídica que se instaura entre os sujeitos processuais inicia-se com o autor, ao formular sua postulação perante o Estado-Juiz e se completa, na sua composição básica, com o chamamento do réu, pelo ato denominado, na técnica jurídico-processual, de citação.

Assim, em uma relação processual contenciosa, a composição subjetiva mínima se opera por meio de uma conjunção tríplice: *judices*, *actoris et rei*, que são as pessoas que proporcionam o debate acerca do *thema probandum* e, por conseguinte, o *thema decidendum*.

As partes são naturalmente o autor e o réu. Aquele, a pessoa que postula, que deduz uma pretensão perante o órgão jurisdicional. Invocando essa tutela estatal, assume uma situação ativa e instaurativa do processo, eis que a inércia inicial da atividade judiciária, consoante já visto, assim o impõe. Na posição contraposta, localiza-se o réu, qual seja a pessoa contra quem se postula o respeito ao exercício de um direito, ou, em outras palavras, a fruição de um bem jurídico material. É, pois, o réu, a pessoa que supostamente impede o autor de exercer o seu direito, oferecendo-lhe uma resistência que, a seu juízo, pode ser perfeitamente legítima, razão pela qual, em regra, as defesas estão vertidas de argumentações relativas a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Está, então, o réu, no polo passivo da demanda. A ele não convirá, em princípio, formular pedido, mas tão somente articular sua defesa, o que se dá de duas formas: negando o fato objeto da articulação inicial do autor (defesa direta) ou opondo fatos outros, que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor (defesa indireta) (OLIVEIRA, 2005, p. 281).

O conceito jurídico de parte é estritamente processual (DIER JR., 2015, p. 287) e, por isso, não se confunde com o de parte legítima. Parte é quem ocupa um dos polos da ação ou, em certos casos, tenha qualidade jurídica para tal, independentemente de vinculação com o direito material manejado na causa. Já o conceito de parte legítima diz respeito àqueles que possuem vínculos com o direito material afirmado e resistido.

Os direitos basilares das partes são a ação e a defesa, garantias do próprio acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), sob a égide do devido processo legal. Disso, irradiam-se uma série de novos direitos ou faculdades processuais, a exemplo do direito de tomar ciência dos atos processuais, de comparecer às audiências, de argumentar perante o juiz para interferir na sua convicção. Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 290), ao abordar o assunto, revela que os poderes e deveres do juiz correspondem direitos das partes.

Dentre os qualificativos exigidos para admitir-se a efetiva integração das partes no processo judicial, estão as três modalidades de capacidades que elas têm que reunir: a de ser parte, a de estar em juízo, e a postulatória. Em poucas palavras, isso significa que urge, no processo, que a parte tenha personalidade jurídica, ou seja, que tenha existência jurídica reconhecida pelo nascimento com vida, no caso de pessoas naturais, ou pelo registro dos estatutos próprios, em se tratando de pessoas jurídicas (capacidade de ser parte). Demais disso, é imperativo que a parte se faça acompanhar de advogado, legalmente habilitado, a fim de que as questões conflituosas sejam discutidas de forma racional e técnica com o juiz da causa (capacidade postulatória). E, por fim, que a parte se faça representar por si só, se maior e capaz civilmente, ou por representante legal, se juridicamente incapaz ou pessoa jurídica (capacidade de estar em juízo). Neste último caso, em se tratando de pessoa natural com deficiência, serão os mesmos representados por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil (arts. 1.690, 1.692, 1.740 e 1.781, todos do Código Civil). Quanto às pessoas jurídicas, a representação far-se-á na forma do art. 75 do Código de Processo Civil, o mesmo se dando em relação às massas patrimoniais que se classificam como pessoas formais (espólio, massa falida, massa do insolvente civil) e às sociedades sem personalidade jurídica.

O representante legal daquele que litiga, por sua própria qualidade não pode ser considerado parte. Seu papel é dirigir os interesses alheios que lhe são afetos.

A observância das mencionadas capacidades constitui pressuposto processual e, como tal, imprescindível à validade do processo. A falta de pressupostos processuais implica na ineficácia dos atos praticados, que, nesse caso, todavia, podem ser ratificados quando saneada a irregularidade processual de representação. Por tratar-se de matéria de ordem pública, o juiz pode ordenar o saneamento do defeito de representação legal ou da capacidade postulatória de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público (OLIVEIRA, 2005. p. 283).

Especificamente sobre a denominada capacidade postulatória, que é aquela que reflete a necessidade de a parte fazer-se acompanhar de advogado regularmente constituído, cabe-nos, pela ordenação desse trabalho, engendrar os devidos comentários sobre a função do Defensor de Causas.

Advogado, expressão nascida do latim, *advocatu*, ‘chamado para junto’, traz a ideia daquele que acompanha outrem para defender-lhe os interesses.

Assim, forma-se a noção fundamental do profissional cuja função é formular a defesa dos direitos de seus constituintes. Existe para imprimir um maior caráter de racionalidade às discussões jurídicas, uma vez que, segundo esta forma de compreender a relação processual, as próprias partes, envolvidas emocionalmente na lide, têm grande dificuldade de fazê-lo razoavelmente.

Por isso, a própria Constituição Federal tem o advogado como essencial à função jurisdicional (art. 133) e os Códigos de Processo, que regulamentam a atuação de cada sujeito processual, o elege para ser a pessoa que representará tecnicamente a parte em juízo, falando em seu nome em todas as ocasiões processuais, à exceção dos depoimentos pessoais e dos interrogatórios.

Reafirmando todo contexto de indispensabilidade do advogado, assevera a Lei n. 8.906/94 (arts. 1º e 3º), que a sua ausência conduz à nulidade do processo.

Tendo habilitação legal, concedida pela Instituição que o categoriza, a OAB, pode postular inclusive em causa própria.

Excepcionalmente existem causas que admitem transcurso sem a presença de advogado: aquelas submetidas ao rito da Lei n. 9.099/95 (causas cíveis de menor impacto econômico); o cumprimento de testamentos, por seu caráter estritamente administrativo; as ações de alimentos (art. 2º da Lei n. 5.478/68); as ações de guarda (art. 166, da Lei n. 8.069/90).

No art. 40 da referida lei n. 8.906/94, estão inscritos os direitos consagrados aos advogados: examinar, em secretarias de juízo, autos de quaisquer processos, exceto os que correm em segredo de justiça; requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo; retirar os autos da secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles por determinação do juiz.

Sob o ângulo constitucional, cabe-nos compor o desenho subjetivo do processo com o ente que se representa, no âmbito estadual, por promotores e procuradores de Justiça, e na esfera federal, por procuradores da república: o Ministério Público.

De logo, convém anotar que o Ministério Público, independentemente de sua origem histórica – egípcia, nos Magiaí ou greco-romana, como preferem alguns – tem sua feição atual desenhada por um direto imperativo de ordem processual, no sentido de se suprimir, dentre as funções judiciais, a de promover ações para defesa de interesses considerados públicos.

Viu-se, como já afirmado no presente trabalho, que a experiência processual observada ao longo da história revela que o magistrado, quando investido do poder de iniciar o processo, terminava por permear seu papel por inconveniências que, não raro, retirava-lhe o caráter fundamental de isenção, imparcialidade.

Assim, surgiu a necessidade de se elevar, na esfera penal, o status funcional de um outro órgão que, detendo a titularidade da ação, ou seja, assumindo a condição de *dominus litis*,

pudesse servir de anteparo à imparcialidade do juiz. A tal órgão, o Ministério Público, deu-se a incumbência, em princípio, de representar a outrora denominada Justiça Pública.

Outorgou-se, pois, ao longo do tempo, com exclusividade, a função de mover a ação pública ao Ministério Público, que, permanentemente, assumiu o encargo de defender os interesses comuns da sociedade, junto ao Poder Judiciário.

Passo a passo, essa defesa dos interesses sociais extravasou os lindes penais e alcançou o recinto processual civil, preservando-se, da função primitiva, a ideia de que ao Ministério Público sempre competiria a defesa dos interesses maiores da sociedade, personificando o interesse coletivo. Tamanha é a condição do Ministério Público, notadamente no que diz respeito à defesa dos interesses sociais, que em alguns países – não o Brasil – o promotor de justiça exerce mandato, por meio de eleição popular. Tal fato, ilustra bem o sentido do Poder Social em que o Ministério Público põe as suas forças (OLIVEIRA, 2005, p. 305).

No âmbito da ordem estritamente processual, os representantes do Ministério Público podem assumir duas funções distintas, a saber: a de autor da ação (órgão agente) ou de fiscal da ordem jurídica, custos juris (órgão interveniente).

O Ministério Público, na qualidade de autor, figura como substituto processual da parte, pois, às expressas, não defende interesses seus, mas direitos alheios (da sociedade, da pessoa com deficiência, dos idosos, das crianças, dos adolescentes), embora mova a ação em nome próprio. Juridicamente, afirma-se que é típica hipótese de legitimação extraordinária, já que, como dito, não defende direito seu, mas de outrem.

Aqui, convém registrar que o Ministério Público não é mandatário daquele cujo direito é defendido por sua atuação. Ele é parte, no exato sentido jurídico-processual: aquele que figura no polo ativo da ação. Contudo, mesmo sendo parte processual e não material, pois não detêm o direito material sobre o bem da

vida objeto da ação, em nada seus poderes, deveres e ônus se diferenciam das demais pessoas que figuram no polo ativo das ações. Dá-se-lhe, no entanto e em certas circunstâncias, certas prerrogativas, a exemplo dos privilégios de prazos mais amplos.

Há um conjunto de ações que podem ser manejadas pelo Ministério Público para o alcance de seus fins institucionais (defesa da ordem jurídica, dos valores democráticos e dos interesses sociais e individuais indisponíveis - CF, art. 127).

Nesse particular, Hugo Nigro Mazzilli (2016, p. 92) classifica as causas que trazem o Ministério Público ao processo em três categorias: aquela que decorre de um “interesse indisponível ligado a uma pessoa” (por exemplo, uma pessoa com deficiência); a que subsiste a partir de um “direito indisponível ligado a uma relação jurídica” (v.g., uma anulação de casamento) e a que revela suficiente “abrangência ou repercussão social” (uma ação para defesa de interesses individuais homogêneos, de grave impacto social).

Importa observar que o interesse público a que se refere a legislação, não é o interesse da Fazenda Pública, mas sim o interesse público primário, ou seja, o bem comum, onde se inserem a paz, a justiça, a ordem sócio-econômica, a liberdade, a segurança, a saúde. O interesse fazendário, também nomeado de interesse público (secundário), nada mais é do que o modo pelo qual os órgãos da administração percebem o interesse público. A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 27) diferencia interesse social, qual seja aquele que revela os valores e bens mais elevados da sociedade, de interesse geral, que, em sentido amplo se identifica com o interesse social, mas *stricto sensu*, do mesmo se diferenciando porque pode não ter a mesma amplitude daquele.

O interesse público que o Ministério Público defende também não se confunde com o interesse das entidades públicas ou dos entes políticos. Para defesa desses direitos, existem órgãos estatais próprios (Advocacia da União e Procuradorias Estaduais e Municipais).

Independentemente de ser parte ou fiscal da ordem jurídica, a atividade ministerial permanecerá marcadamente imparcial, pois o órgão é co-responsável pela justiça e legalidade da decisão.

Fazendo agora a aproximação do tema da pesquisa com um outro sujeito processual, podemos dizer que a pessoa que atua em nome do Estado no exercício da função jurisdicional, personificando o poder judiciário, é o juiz. A ele são dados os poderes e deveres naturais de condução e finalização do processo, dentro de um caráter de dignidade da Justiça.

O juiz, então, impulsionará o processo, sob a permanente busca de garantir igualdade entre as partes, de solucionar da maneira mais célere o litígio (coligindo a prova, ordenando o procedimento), de prevenir e reprimir atos que atentem contra a dignidade da justiça e de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Obviamente, a função precípua do juiz é decidir. Não pode o mesmo, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, abster-se de resolver o litígio, ainda que haja obscuridade ou lacuna na lei, circunstância que o levará a decidir invocando os princípios gerais do direito, a analogia e os costumes.

A cada poder conferido ao juiz lhe corresponde um dever que pode ser reclamado pelas partes, sempre que o processo se encaminhar em direção diversa daquela que prescreve a lei, sob pena de constituir-se uma responsabilização civil, administrativa e penal (art. 319, CP).

A imparcialidade, uma das características salutares da jurisdição, é garantia fundamental para a transparência e lisura do processo e, por conseguinte, da decisão do juiz. Ele não pode padecer de suspeitas a respeito de motivos pessoais que interfiram na sua decisão. Para isso, os Códigos de Processo exprimem as várias situações em que o juiz não pode atuar, a fim de não se lhe permitir a mácula da desconfiança. São os casos de

impedimento e de suspeição, situações que implicam no dever de abstenção do julgamento, por meio do qual o juiz se afasta da causa e a repassa ao seu substituto legal. Caso o juiz assim não proceda, haverá nulidade absoluta de seus atos, nos casos mais graves (impedimento), ao passo que existirá nulidade relativa, nas circunstâncias classificadas como de suspeição, pois, segundo a racionalidade da lei, já que o juiz não se absteve de funcionar, caberá à parte formular o requerimento.

No seu exercício funcional, o juiz responde civilmente, a título de indenização, quando causar prejuízo à parte, caso tenha procedido com dolo ou fraude (art. 143, I, Código de Processo Civil) ou quando recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que, sob seu encargo, deveria ser ordenada ex officio ou a requerimento da parte (art. 143, II).

A forma de atuar dos sujeitos processuais encontra regulação nos estatutos de natureza processual (códigos de processo civil e penal, consolidação das leis do trabalho e na legislação especial).

As partes atuam no feito por intermédio de petições e atitudes concretas não verbais (pagar custas, fazer exames, comparecer à audiência). A doutrina jurídica, a exemplo de Cintra, Pelegrini e Dinamarco (2010, p. 364-366), costuma, porém, classificar de maneira mais específica os atos das partes, dizendo-os postulatórios (onde pleiteiam providências do órgão jurisdicional), dispositivos (que permitem o exercício ou não de faculdades processuais), instrutórios (por meio dos quais apresentam suas provas) e reais (quando atuam concretamente de certa forma).

Os atos do juiz são tradicionalmente classificados em duas ordens: decisões e despachos. As decisões se subdividem em decisões finais (sentenças, decisões monocráticas do julgador-relator e acórdãos) e decisões interlocutórias. As decisões finais são tidas, em regra, como aquelas que têm aptidão para encerrar o processo. Naturalmente, havendo recurso, a sentença não encerra o processo. Por isso, parece-nos que a melhor forma de

compreender a sentença como o ato que se reveste de aptidão para extinguir o processo, caso não haja recurso. A sentença e a decisão (final) monocrática do relator são atos decisórios singulares (do ponto de vista do sujeito julgador), ao passo que o acórdão é ato decisório final colegiado.

Alexandre Freitas Câmara, sobreleva a importância da sentença, como provimento jurisdicional mais importante do processo, ainda que saliente que a definição legal (§ 1º do art. 203, CPC), não é imune a críticas, sendo relevante buscar-se determinar com mais precisão o conceito de sentença (2016, p. 284).

Já as decisões interlocutórias são consideradas espécies de atos do juiz em que o mesmo resolve incidentes processuais, sem encerrar a demanda (art. 203, § 2º, Código de Processo Civil).

Os despachos judiciais são atos meramente ordinatórios que se prestam ao impulsionamento processual (art. 203, § 3º, Código de Processo Civil). Estes, portanto, são irrecorríveis, eis que neles não há qualquer potencialidade lesiva para as partes. Diferentemente das decisões, em qualquer de suas modalidades, que sempre podem prejudicar alguma das partes e, à vista disso, podem ensejar o recurso correspondente (apelação, agravo).

Convém, por fim, lembrar que o Ministério Público, na qualidade de parte, pratica os atos estritamente nessa condição. No entanto, quando encarregados da fiscalização dos interesses sociais ou indisponíveis no processo (custos juris), pode emitir manifestações fundamentadas (Lei n. 8.625/93). A manifestação ministerial não vincula a decisão final. Porém, como ato tecnicamente fundamentado, interfere substancialmente no convencimento do julgador que, na hipótese de não acatar o entendimento do Ministério Público, sujeitar-se-á ao recurso cabível.

Analisando, agora, o campo estritamente valorativo que deflui da composição subjetiva do processo judicial, observa-se que os grandes valores para o autor e para o réu estão vinculados aos direitos de ação e de defesa (os valores do acesso ao sistema de justiça e do contraditório).

A dialética criada pela atuação das partes no processo judicial se dá por intermédio do advogado ou do Ministério Público que falam em nome dos interessados. A posse da palavra, a voz dos protagonistas do conflito fica substancialmente subtraída pela metodologia adotada pela lei, ao argumento de se imprimir um caráter de maior racionalização nas discussões já que as partes, envolvidas emocionalmente no conflito, possuem menor aptidão para debater os diversos aspectos da lide. A função do advogado, na filosofia do sistema judicial, expressa alguns dos seus valores (racionalidade, objetividade, tecnicidade).

A supressão da possibilidade de expressar os componentes emocionais e espirituais decorrentes da causa e presentes nos integrantes do processo, mesmo dentro de uma metodologia racionalista e laica, pode representar a exclusão de parcela do contexto a ser necessariamente examinado e compreendido para a prolação da decisão. Neste sentido, os mecanismos restaurativos podem contribuir para a reflexão sobre a dimensão holística dos conflitos e, neste passo, concorrer para a eventual ressignificação do sistema oficial, estatal.

Importa, ainda, mencionar que a função judicante é fortemente marcada pelo já mencionado valor autoridade, típico do Estado. Essa autoridade, estabelecida processualmente na hierarquia entre o juiz e as partes (autor e réu), pode atuar diretamente no distanciamento entre o juiz e o jurisdicionado, no sentido da formação da empatia.

3.3. Procedimento do círculo restaurativo em comparação com o rito judicial

Consoante já mencionado no início da presente abordagem, é por intermédio dos rituais a serem seguidos que a filosofia e os valores do sistema processual, seja estatal ou não estatal, se concretizam.

Com efeito, sendo o procedimento um conjunto articulado de atos, é por meio dele que os sujeitos processuais tornam evidentes os princípios pelos quais são orientados.

Neste sentido e exemplificativamente, é por intermédio do ato de chamamento do réu ao processo que, no procedimento judicial, implementa-se o princípio do contraditório. Na mesma linha, é por meio da atitude de sigilo diante das discussões ocorridas no encontro restaurativo que se leva a efeito o princípio da confidencialidade, preservando-se assim as revelações e sentimentos dos envolvidos, bem como proporcionando-se a valorização e confiança entre os participantes, quanto à divulgação de questões de foro pessoal e eventual utilização de suas declarações em outras instâncias de resolução de conflito (FERREIRA, 2006, p. 37).

Nesta orientação, utilizamos a palavra de Kay Pranis (2010, p. 10), quanto ao procedimento restaurativo:

Cada fase do processo circular atua no sentido de construir e nutrir a capacidade dos participantes de agir segundo esses valores e conhecimentos. Para ter sucesso na tarefa de apoiar o movimento dos participantes nessa direção o processo circular deve ser um modelo desses valores e conhecimentos de todo modo que seja possível.

Não obstante a variedade de procedimentos, é possível traçar-lhes elementos comuns, no plano dos ritos restaurativos e bem assim quando o foco é o procedimento judicial, uma vez que os sistemas processuais cível e penal possuem uma base axiológica comum sobre a qual estão assentados os seus princípios.

Assim, discorreremos sobre a dinâmica dos rituais previstos para os círculos restaurativos e daqueles estabelecidos para os processos judiciais, no intuito de identificar sua dimensão valorativa.

3.3.1. Procedimento restaurativo: pré-círculos, círculos e pós-círculos

Cabe lembrar que no Brasil estão sendo utilizados principalmente dois modelos de círculos restaurativos. O primeiro

deles, que habitou as práticas restaurativas com o projeto-piloto carreado pela então Secretaria da Reforma do Judiciário, em 2005, é o modelo baseado na Comunicação Não Violenta (CNV) - filosofia prática e método criado há 40 anos por Marshall Rosenberg (2006), trazido e implementado no país por meio do formador Dominic Barter. Este método orientou amplamente - e ainda orienta em parte - o Projeto Justiça para o século 21, utilizado em Porto Alegre. O segundo é aquele orientado pela proposta de Kay Pranis, citada amplamente aqui, modelo este que orienta hoje a grande maioria dos projetos e práticas de Justiça Restaurativa no Brasil. Não cabe aqui explorar as diferenças entre os modelos, visto que não são substanciais para nosso caso, mas focar o sentido e funcionamento dos encontros restaurativos como um todo.

O círculo restaurativo demanda uma preparação, a fim de definir-se e elaborar-se o conjunto de orientações gerais a serem dadas aos participantes, além de informações específicas como a temática objeto das discussões, os distintos momentos da abordagem e os valores a serem perseguidos.

Daí, surge uma pauta burocrática prévia e necessária, sobretudo quando os círculos restaurativos são realizados como decorrência de convênios ou diretamente no âmbito do Poder Judiciário, que vai garantir a documentação de certos atos/momentos.

Dentre os primeiros documentos a serem elaborados, está o Termo de Consentimento, cujo propósito é assegurar aos participantes a plena clareza das informações sobre o encontro, para que decidam voluntariamente se querem ou não ingressar na ambiência restaurativa. A subscrição do termo pode incluir a autorização de registro do encontro, por meio escrito ou de mídias eletrônicas, incluindo seu uso para fins de pesquisa e análise institucional.

Impõe-se não olvidar, contudo, tal como aponta o juiz Leoberto Brancher (2006, p. 39), que o objetivo primeiro do procedimento restaurativo “é obter a participação da vítima/

receptor principal e do ofensor/autor do fato, bem como da comunidade”.

Neste ponto, convém mencionar a ressalva feita pelo antedito autor, no sentido de que mesmo que a vítima ou o ofensor não pretendam ou não possam participar do encontro restaurativo, ainda assim ele será possível com a alteração da ênfase da abordagem para as necessidades dos receptores secundários (familiares, comunidade) ou fazendo-se a representação dos protagonistas do encontro (vítima e ofensor) por um familiar ou amigo, ou ainda que esta (a vítima) manifeste-se por escrito ou por meio audiovisual.

O procedimento circular sugere também, em um momento inicial, que o facilitador prepare-se subjetivamente para o trato com os participantes. Assim, tornar-se essencial renovar perante si mesmo os compromissos com a proposta oferecida pelo paradigma restaurativo.

Objetivamente, competirá ao facilitador, no momento inicial, inteirar-se do caso a ser trabalhado a fim de formar um juízo de realidade acerca das circunstâncias que envolvem o conflito. Além dos elementos tipicamente factuais (o que, quando, onde), essa preparação permitirá a elaboração das perguntas norteadoras sobre os sentimentos, as necessidades e a formação do diálogo.

A partir dessa apropriação dos fatos é que o círculo se desenvolverá, sob a proposta de que sua intenção não é desenvolver uma investigação a respeito de quem é o culpado. O propósito do facilitador de conhecer os fatos é para lhe dar clareza, inclusive se o caso efetivamente é adequado ao paradigma restaurativo e para, na ocasião de sua atuação perante os demais participantes do círculo, estar cioso de que não haverá desvirtuamentos ou negação do que ocorreu.

A ocasião do pré-círculo, inclui os contatos iniciais com os participantes. Desta forma, a evidência do fato objeto da abordagem é fundamental para o consenso inicial, uma vez que sig-

nificará o foco do encontro, o elemento inicial de centralidade para o qual todos estarão voltados. A propósito, o círculo somente ocorre se o ofensor admitir a existência do fato e que é o seu autor.

A partir do modelo pensado para o Projeto Justiça para o Século 21, Leoberto Brancher (2006, p. 41) salienta que o conhecimento dos fatos pelo facilitador produzirá um “resumo” que se destinará à leitura, na presença de todos os participantes, na ocasião em que o círculo restaurativo for iniciado. O referido autor menciona, ainda, que na hipótese de o círculo ter aplicações judiciais, ou seja, decorrer da conjugação de esforços com o poder judiciário, o resumo pode consistir de informações que já constem do processo judicial, a exemplo da petição que o inicia.

Conhecidos e assimilados os fatos e as pessoas envolvidas, o facilitador identificará quem mais poderá/deverá participar do encontro. Os próprios envolvidos, vítima e ofensor, podem indicar pessoas para participarem do encontro: familiares, professores, amigos, consortes. Do mesmo modo, o facilitador pode/deve pensar naqueles que têm representatividade para o trato do caso concreto: tais como lideranças comunitárias, ou religiosos.

Forma-se, pois, uma lista de potenciais participantes e a partir dela serão feitos os contatos pessoais e convites de participação, a começar pelo ofensor e pela vítima, pois, da vontade deles, dependerá, em regra, a efetiva realização do encontro e serão feitos os demais convites para os membros da comunidade.

Na ocasião da formulação dos contatos e dos convites, deve-se observar um cuidado significativo para esclarecer o modelo restaurativo e sua metodologia, o objeto do encontro, os participantes, as expectativas, as condições de desenvolvimento, os resultados potenciais.

Observe-se que nesta preparação tem-se presente que o convite deverá ser caracterizado pela clareza do que ocorrerá no encontro restaurativo, de modo que todos se situem a respeito

dos seus papéis e dos consensos necessários quanto ao fato e à definição dos valores a serem buscados.

A preparação do Círculo demanda também uma logística a respeito dos locais e estrutura material de suporte ao encontro. Assim, o facilitador deverá definir um espaço físico acessível e que acomode adequadamente as pessoas nas reuniões e que esteja preservado de intercorrências externas, resguardando a privacidade do encontro.

Em síntese, observa-se que o pré-círculo ocupa-se com o planejamento a respeito das orientações gerais e específicas a serem dadas aos participantes do encontro; com o conhecimento do caso e com a avaliação de ele ser ou não adequado para o trato restaurativo; com a elaboração do resumo a ser pactuado e que será o foco inicial do Círculo; com a identificação dos participantes, com os contatos iniciais e a formulação dos convites; com a subscrição do Termo de Consentimento; com a logística que dará suporte material para a realização efetiva do círculo restaurativo.

Diz Brancher (2006, p. 42):

O pré-círculo propicia condições para que o círculo possa acontecer. Desenvolve-se através de encontros do coordenador com os envolvidos visando convergir com cada um sobre: o fato ocorrido, suas consequências, o restante do Procedimento Restaurativo, os outros participantes que serão convidados e vontade genuína de prosseguirem nas etapas seguintes. Isto é feito no contexto de estabelecimento de vínculo de confiança entre os participantes e o coordenador.

Cumprida a preparação para o procedimento, poderão ser iniciadas as atividades para identificar e levar os participantes a compreenderem as necessidades subjetivas e mesmo comunitárias decorrentes do conflito, para a auto-responsabilização dos presentes e para a formulação do consenso sobre o que precisa ser realizado para restaurar a harmonia relacional e coletiva.

A primeira atividade objetiva do facilitador, relativamente ao momento da reunião dos participantes (o círculo propriamente dito), é a atitude de acolhimento que se revela pelos contatos iniciais e recepção no local do encontro. Esse acolhimento informal já integra o procedimento circular.

Imagina-se que o encontro da vítima com o ofensor traz em si uma tensão natural e que a própria cultura contemporânea de litígio, como fato social, é um fator que agrava esse tensionamento. Desta forma, os cuidados iniciais com a recepção acolhedora dos participantes traduz o que se pretende fazer no procedimento circular: proporcionar-se um conjunto de atitudes respeitadas de todos para com todos. Em suma, o acolhimento inicial concorrerá para o distensionamento dos participantes por meio de uma atitude intencional de acolhida.

Recepcionados todos os participantes e estando eles devidamente sentados no círculo, terá início a cerimônia de abertura, cujo objetivo precípuo é construir os laços de interconexão dos participantes e criar expectativas positivas para a resolução e superação do conflito. É nesta ocasião que o grupo será convidado a apresentar-se individualmente. Aqui já se faz o uso do bastão de fala e dá-se aplicação à atitude de escuta ativa e de ausência de julgamentos.

Como ressalta Brancher (2006, p. 44), a cerimônia de abertura é um “ritual de passagem” onde os “participantes transitam para um espaço e um tempo diferentes, de não julgamento”.

É na cerimônia de abertura que o facilitador coloca perante o grupo os propósitos do encontro restaurativo, reforçando o que já se fez individualmente nos contatos iniciais com os participantes. Renova-se o esclarecimento quanto ao método e às etapas do procedimento a ser utilizado, fazendo-se o reforço do papel de todos, inclusive do facilitador. Nesta ocasião, pode-se fazer algum ajuste metodológico, a critério do grupo e sob a orientação do facilitador.

Seguindo a cerimônia de abertura, procede-se a leitura dos fatos objeto do encontro, já pactuados pelos participantes.

Assim, renovada a memória, pela leitura, do foco primário do círculo restaurativo, terá início o diálogo entre os participantes com o convite para que se manifestem verbalmente, seguindo-se a ordem estabelecida pelo facilitador, a começar, em regra, pela vítima ou pelo ofensor, seguindo-se com os demais participantes do círculo, passando-se o bastão de mão em mão, segundo as normas já definidas pelo grupo.

O facilitador cuidará para que as manifestações, nesse momento inicial, sejam direcionadas à expressão dos sentimentos que envolvem os participantes, como decorrência do fato conflituoso, assim como estejam voltadas para a demonstração verbal das suas necessidades atuais, também a partir dos fatos objeto do encontro. Diálogo baseado em modo de expressão e escuta, sentimentos, necessidades e pedidos, são aportes vindos diretamente do método da Comunicação Não Violenta.

No que pertine especificamente à vítima e ao ofensor, que iniciarão o diálogo, é fundamental que, na ocasião de suas falas, eles expressem sua compreensão sobre o que o outro disse, a fim de ter-se clareza sobre a correspondência do que está sendo dito e o que está sendo entendido. Por isso, após a fala da vítima, o ofensor é convidado a dizer o que compreendeu dessa fala, ao que sucede novamente a palavra da vítima para dizer se efetivamente foi compreendida naquilo que expressou. Assim se faz de parte a parte. Novamente temos aqui um procedimento inspirado diretamente no método de Marshall Rosenberg, a CNV.

Vale reforçar a ideia que impregna o procedimento restaurativo de que a manifestação e narrativa de sentimentos e necessidades não deverá implicar em julgamentos. Desta forma, o facilitador está autorizado a concorrer para o maior esclarecimento de alguma fala. Contudo, é a própria vítima ou o próprio ofensor quem dirá se foi ou não compreendido.

Importa destacar a nota de Leoberto Brancher (2006, p. 45), no sentido de que “a expressão de sentimentos não se constitui em um fim em si mesmo, mas um meio para permitir a identificação e expressão das necessidades”.

Todavia, da mesma forma que a expressão dos sentimentos visa criar um foco diverso dos julgamentos, a identificação das consequências do fato danoso e das necessidades que surgem a partir de sua existência também tem por propósito direcionar a fala dos participantes para a superação do conflito e não para a atribuição de culpados. O Círculo não é compatível com articulações de imputabilidade ou culpabilidade, ou seja, com alegações acusatórias. O foco nos sentimentos, consequências e, principalmente, nas necessidades visa dar um sentido intencional ao diálogo, a fim de levar os participantes à ideia de superação do conflito e não de sua (re)apresentação, da revitimização, de ressentimentos e da auto-condenação.

É possível e, em certas circunstâncias, até inevitável que ocorram desabafos mais calorosos. Contudo, cabe ao facilitador agir com imparcialidade e recolocar a abordagem de forma acolhedora, na intenção de redirecionar o grupo no sentido do foco do encontro restaurativo.

A comunidade contribuirá para identificar os impactos e os danos, assim como reforçar os seus sentimentos e necessidades decorrentes do fato conflituoso. As manifestações da comunidade serão mais ou menos importantes na medida da expressão da vítima e do ofensor. De todo modo, pela dinâmica do Círculo, todos terão oportunidade de falar, de ouvir e de se sentirem compreendidos naquilo que manifestaram. É da conjugação dos sentimentos com as necessidades que surgirá a responsabilidade desejada.

Reconhecido por todos que houve correspondência entre o que foi dito e o que foi compreendido, o círculo restaurativo encaminha-se para a etapa de identificação das responsabilidades. Aqui novamente haverá uma rodada de perguntas, agora no sentido de ser indagado o que se procurava, queria, desejava ou esperava no momento do fato. A ou as perguntas serão respondidas pelo ofensor e pela vítima, repetindo a dinâmica da manifestação sobre o que se compreendeu sobre a fala do outro e da réplica sobre o sentimento de ter sido ou não compreendido.

Identificando-se o que vítima e ofensor buscavam no momento do fato, é possível criar-se um ambiente de transformação ou mesmo de resolução do conflito, atribuindo o que compete a cada um e bem assim à comunidade para sua superação e restabelecimento do equilíbrio das relações comprometidas: é o momento da auto-responsabilização: cada um terá condições de dizer em que medida poderá fazer algo para a reparação ou reconstrução da harmonia relacional e comunitária.

Quando os participantes revelam os seus papéis na direção da resolução do conflito, ingressa-se no momento em que a atividade predominante estará voltada para a formalização do consenso para atendimento das necessidades identificadas.

Salienta Brancher (2006, p. 47):

O acordo consiste num plano de ação abrangendo um conjunto de ações positivas, algo que se vai fazer para reparar, compensar, reequilibrar, restaurar, curar a relação ferida pelo conflito.

O consenso é o objetivo máximo do encontro restaurativo. Enquanto consenso deve necessariamente ser voluntário. O acordo é a razão de ser do encontro.

Na ocasião da elaboração do acordo, as propostas e sugestões devem ser acolhidas dialógica e livremente até que sejam depuradas, refinadas e sintetizadas no acordo. Dele, devem advir compromissos pessoais objetivos dos participantes, onde estejam estabelecidos prazos, responsáveis, atitudes, quantidades, objetos materiais.

Exemplificativamente, o consenso abrange uma variada gama de possibilidades: compensar a vítima, entregar algo, prestar serviço, voltar aos estudos. Neste ponto, o que não é admissível é que o ofensor abra mão do exercício de direitos indisponíveis, como a sua liberdade. O acordo limita-se diante de certos direitos cujo consenso não pode atingir.

Por isso, o consenso pode ser parcial, quando não houver possibilidade de acordo, quanto a todas as necessidades identificadas.

Dentro da proposta de documentação das atividades básicas do círculo, o acordo será objeto de um Termo, subscrito por todos os participantes. Nele, estarão presentes todas as “cláusulas” do consenso, como forma de resolução do conflito, e já fazendo menção à data, local e horário para o encontro de verificação do cumprimento daquilo que foi acordado (encontro de pós-círculo).

Vê-se, assim, que, por intermédio de uma dinâmica essencialmente dialógica, o círculo instaura objetivamente um conjunto de possibilidades cognitivas e emocionais para a superação do conflito.

Cumprida a fase do Círculo, os participantes farão, no momento definido na ocasião da formalização do consenso, o encontro de verificação a respeito do cumprimento das ações do acordo e avaliação dos seus resultados. Nessa verificação, há possibilidade de revisão de cláusulas do acordo, a fim de assegurar o seu cumprimento, em caso de impossibilidade ou descumprimento total ou parcial justificado. Já no caso de descumprimento injustificado, a avaliação irá decidir se a melhor alternativa para o caso concreto é realizar um novo Círculo ou uma outra modalidade de procedimento restaurativo ou mesmo se fará o encaminhamento para as vias convencionais estatais.

De todo modo, o objetivo do pós-círculo é verificar o nível de restauratividade alcançado pelo acordo e, portanto, sua eficácia.

Observa-se, com a descrição do procedimento circular, que os valores já mencionados (Capítulo 2, item 2.5), encontro, participação, reparação e reintegração são representados em cada ato do ritual a ser obedecido.

Podemos também mencionar, orientados pelo Projeto de Lei n. 7006/2006, relativo ao implemento da justiça restaurativa em matéria criminal, que os princípios ali presentes estão expressos na dinâmica procedimental desde os pré-círculos: vo-

luntariedade, informalidade, confidencialidade, responsabilidade, mútuo respeito, boa fé, dignidade humana.

3.3.2. Procedimento judicial: da postulação à decisão

A abordagem que buscamos fazer, neste momento, tem por intenção traçar um panorama a respeito do procedimento judicial, naquilo em que há coincidência entre o processo civil e o processo penal e que dá suporte à observação dos valores mais amplos, neles contidos.

Assim, consideramos, de início, que juridicamente a doutrina processual, a exemplo de Theodoro Jr (2015, p. 689-691), costuma-se dividir as etapas de desenvolvimento dos procedimentos judiciais que levam à prolação de uma sentença, segundo a atividade predominante em cada estágio do percurso processual.

Fala-se em fases do procedimento para identificar quais as atividades preponderantes que serão cumpridas na sequência dos atos processuais, até a decisão final. A classificação refere-se, desta forma, a fases de postulação, de conciliação/ mediação, de saneamento, de instrução e de decisão. Poder-se-ia mencionar, ainda, as fases de recurso e de cumprimento de sentença, fase esta correlata ao processo de execução de títulos executivos extrajudiciais.

A fase de postulação, tal como intuitivamente já se revela, compreende a parte do procedimento em que os litigantes formulam suas pretensões: a do autor, de caráter positivo, pleiteando um provimento do juiz; e a do réu, de essência negativa, que pede o não atendimento da pretensão do autor. Essa fase inicia-se com a propositura da ação, ou seja, com a protocolização da petição inicial formulada (denominada denúncia ou queixa-crime, no processo penal), salvo raras exceções, pelo advogado do autor ou pelo Ministério Público e termina, no processo civil, com a contestação, também levada a efeito por um advogado, desta feita do réu, que pode ter outras atitudes além

de oferecer defesa, como mover uma ação contra o autor dentro do procedimento já instaurado por este (reconvenção).

A petição inicial, por força do princípio da iniciativa da parte e da inércia inicial da jurisdição, é imperativa no procedimento judicial para salvaguardar a imparcialidade do julgador. Ela deverá observar rigorosamente certos requisitos estabelecidos na lei, sob pena de, faltando os elementos determinados, ser saneada por determinação do juiz ou mesmo ser indeferida de plano, ocasião em que o processo será extinto sem resolver a questão apresentada. O ato do juiz que indefere a petição inicial qualifica-se como sentença, eis que a ação já está proposta e, portanto, já está instaurado o processo judicial.

Pode, entretanto, a parte autora não se conformar com o indeferimento da petição, circunstância que lhe tornará propícia a interposição de recurso.

O pedido contido na petição inicial, via de regra, deverá ser claro, ou na linguagem do direito processual civil, certo e determinado (arts. 322 e 324 do Código de Processo Civil), ou seja, não se lhe admitirá dubiedades ou incertezas. A petição que não expressa essa clareza objetiva é considerada inepta.

Formalizado o pedido e reconhecida a sua pertinência quanto aos requisitos exigidos em lei, a petição inicial será recebida pelo juiz que determinará o chamamento do réu, por meio da citação, para instituir a dialética processual. No processo civil, a resposta não é obrigatória, mas constitui circunstância essencial para o atendimento dos interesses do réu e, ainda, implicará em importante elemento de cooperação para a plena realização da atividade jurisdicional.

Após a citação, o réu pode atuar de forma vária, indo desde a inércia até, como dito, a formulação de um pedido contra o autor, este pedido admitido no processo civil.

A primeira possibilidade que se apresenta ao réu, regularmente citado, é a passividade diante do que se lhe atribui. Ficando inerte, ou seja, deixando escoar in albis o prazo de

resposta, sem formular sua defesa, será ele considerado revel. Conceitualmente, revelia significa a ausência de defesa no prazo legal (DIDIER JR., 2015, p. 664), o que também poderá ocorrer mesmo que o réu compareça no processo, mas seu advogado não apresente resposta ao pedido do autor. Essa inação representará, para o réu, o status processual de ausência e desinteresse.

No processo penal, a revelia importará na nomeação de um defensor para o réu, uma vez que, em consideração ao princípio do contraditório real, ele não pode ser julgado sem uma concreta atuação no sentido da defesa de seus interesses.

No processo civil, da revelia advirão duas consequências: primeiro, os atos processuais não mais serão objeto de intimação ou ciência do réu revel (art. 346, Código de Processo Civil); segundo, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor na peça inicial (art. 344, CPC). Esse segundo efeito atua, em regra, quando a causa versar sobre direitos disponíveis. Os efeitos da revelia deverão ser expressos no mandado de chamamento do réu (citação), a fim de que ele conheça as consequências de sua eventual inação.

A segunda possibilidade de atuação do réu, no processo, é o reconhecimento da procedência do pedido. Não se confunde reconhecimento do pedido com confissão. Esta é meio de prova e se refere aos fatos implicados na causa, enquanto aquela diz respeito ao pedido deduzido em juízo. Assim, a confissão pode ou não levar à procedência do pedido, ao passo que o reconhecimento do direito do autor, pelo réu, necessariamente repercutirá no acolhimento de sua pretensão, extinguindo-se o processo com resolução da lide.

A terceira forma de o réu atuar é apresentar defesa formal, manifestando-se contrariamente ao pedido inicial. Desta forma, ele pode negar a existência dos fatos constitutivos do direito do autor ou, mesmo reconhecendo que tais fatos efetivamente existiram, opor outros que modificam, impedem ou extinguem o direito do autor.

Do mesmo modo que a petição inicial, a defesa formal será escrita e deverá ser apresentada no prazo legal, variável conforme o tipo de procedimento.

Além da defesa de mérito, pode o réu levantar questões meramente formais na sua defesa. Neste caso, a denominada defesa indireta ou processual, permitirá a arguição de questões preliminares, criando obstáculos predominantemente procedimentais à pretensão do autor. Caso esses embaraços formais conduzam o processo à extinção, diz-se que houve uma defesa processual peremptória. Contudo, não sendo a defesa indireta capaz de extinguir o feito, diz-se defesa processual dilatória.

Caso o réu pretenda formular um pedido contra o autor, o sistema processual civil admite a propositura de uma ação, dele réu, contra seu adversário: o autor, nos mesmos autos. Isto se dá por economia processual que constitui um dos valores do sistema judicial.

Desta maneira, o réu poderá manejar a chamada reconvenção, desde que sua pretensão tenha por competente o mesmo juiz da causa originária, a ela seja conexa e se submeta ao mesmo procedimento da ação já proposta pelo autor contra ele, réu.

A reconvenção é a ação do réu contra o autor da causa originária, onde se utiliza a mesma base procedimental, ou seja, as duas ações se subjugam ao mesmo processo, sendo, contudo, ações autônomas, sobre as quais pesam os mesmos requisitos legais e pressupostos processuais (DIDIER JR., 2015, p. 661). Tal autonomia permite a independência da decisão em relação a cada causa, que poderão ser julgadas procedentes ou improcedentes. Numa só sentença serão julgadas a ação originária e a reconvenção.

No processo penal, quando a lei admite composição dos danos e/ou transação penal, a tentativa de levar as partes a um ponto comum e, por consequência, de extinção do processo, ocorre antes da propositura da ação.

Neste caso, a matéria é regulada pela Lei Federal n. 9099/95 que instituiu a audiência preliminar (art. 89) por meio da qual, em sendo a situação criminal passível de reparação dos danos e exclusão do interesse de levar o procedimento adiante, no sentido de punir o réu.

Caso a composição dos danos não ocorra ou mesmo não seja possível, mas o crime seja considerado de menor potencial ofensivo, abrir-se-á a possibilidade de o Ministério Público sugerir uma forma de negociação com o réu, a fim de o mesmo cumprir certas condições a título de sanção, extinguindo o processo criminal e eximindo-se do risco de uma sanção mais severa.

No processo civil, a fase de postulação é, em regra, entrecortada pela tentativa de composição da lide, por meio de acordo a ser celebrado entre as próprias partes. A demanda, neste caso, deve versar sobre direitos que admitam autocomposição.

Objetivamente, a lei busca criar um ambiente em que as partes se encontrem. Daí, a única situação que pode excluir essa audiência é a negativa de ambos os litigantes, a respeito da realização da autocomposição. Desta forma, se apenas um deles manifestar a intenção de comparecer à audiência de conciliação/ mediação ou mesmo silenciar a esse respeito, a audiência ocorrerá.

Aquele que, injustificadamente, ausentar-se da audiência de conciliação ou de mediação, submeter-se-á à multa legal (art. 334, § 8º, CPC) e sua conduta será considerada atentatória à dignidade da justiça.

Chegando-se a um acordo, reduzir-se-á o seu teor a termo e será proferida sentença homologatória, na forma prevista em lei. Não havendo, porém, autocomposição, o juiz cível aguardará o prazo de resposta do réu e dará continuidade ao procedimento.

Nas causas que digam respeito a direitos indisponíveis, onde não há espaço para a tentativa de autocomposição, após

o prazo de defesa, com ou sem ela, o juiz proferirá por meio de ato isolado a decisão de saneamento, onde deliberará sobre os pontos controvertidos, as pendências processuais, a prova a ser produzida, remetendo o processo à fase instrutória com a determinação de perícia, se for o caso, e de designação da audiência de instrução e julgamento.

Na fase instrutória, a atividade dos sujeitos processuais estará centralizada no objeto da prova, isto é, nos fatos controvertidos e relevantes, em relação aos quais se fundam a ação e a defesa. Fatos incontroversos não dependem de prova, tais como os fatos notórios, os confessados e aqueles em função de que milita a presunção legal de existência ou veracidade (art. 374, CPC).

Sendo os fatos suficientemente demonstrados, não há que se falar na necessidade de provar a existência do direito, salvo a situação do art. 376, CPC. A propósito, a ideia bem se expressa no brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*, a recolher os elementos da noção exata de que, às partes, incumbe apresentar ao órgão jurisdicional a situação fática concreta, a fim de que este, a conhecendo, afirme a solução jurídica a ser fixada.

O ônus da prova, segundo a regra geral, compete a quem alega (art. 373, CPC). Assim, a regra geral é que caberá ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Na senda processual, os elementos probatórios que estejam catalogados no ordenamento, assim como aqueles que se revelem moralmente legítimos, são considerados lícitos. De outra sorte, tal como já afirmado anteriormente, a ilicitude da prova pode decorrer da existência ou não de processo, da natureza do direito violado ou da qualidade do violador (MARINONI e ARENHART, 2015, p. 314-315). Uma vez ilícita, a Constituição Federal (art. 5º, LVI, CF/88) veda-lhe qualquer eficácia, em razão do vício nela contido e que pode contaminar a convicção do julgador. A licitude da prova constitui um dos principais valores do sistema de coleta de provas e que se revela no princípio da proibição da prova ilícita.

No que tange o sistema de avaliação das provas, a atuação do juiz refletirá o apuramento de experiências históricas. Por isso, adota-se o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, por meio do qual, é facultado ao juiz mensurar a importância da prova livremente, mas devendo explicitar os elementos de sua convicção no ato decisório. Com a adoção desse sistema, impede-se que o juiz seja um mero matemático, atribuindo à prova o valor segundo critérios estritamente legais, ou um arbitrário, deixando de fundamentar suas decisões (OLIVEIRA, 2005, p. 363).

No sistema processual estatal, a avaliação da prova é a última atividade de um ciclo probatório que se inicia com a postulação da prova e se desenvolve com sua admissão e produção nos autos. Segundo essa sistemática, o juiz, ao deparar-se com o pedido da parte, de introdução de determinada prova no bojo dos autos, deve analisar se é a mesma lícita ou não. Sendo lícita, proferirá decisão interlocutória admitindo-a e determinando a sua produção. Naturalmente, somente após a produção da prova é que o juiz estará habilitado a avaliar o seu conteúdo.

Caso haja necessidade de elaborar-se uma análise técnica (não-jurídica) dos fatos, o juiz determinará a realização de uma perícia, onde um profissional habilitado será nomeado para fazer a observação segundo os critérios científicos de sua expertise.

A prova pericial consiste em uma valoração de natureza técnica, cujo objetivo é suplantar a falta de conhecimento específico do julgador acerca de conteúdos em relação aos quais não tem domínio.

Do ponto de vista procedimental, a perícia situa-se entre a decisão de saneamento e a audiência de instrução e julgamento. Essa posição da prova pericial no procedimento é adequada, em função de que pode haver necessidade de ouvir-se, na audiência de instrução e julgamento, o perito e os assistentes técnicos acerca de aspectos da perícia. Assim, deve a mesma já se ter realizado quando da ocasião da audiência de instrução e julgamento.

Objetivamente, a perícia será expressa por meio de um laudo, que é o instrumento por meio do qual o perito responde aos quesitos formulados pelo juiz e pelas partes. Os assistentes técnicos das partes elaborarão pareceres alusivos ao laudo do perito oficial.

Realizando-se a perícia ou não sendo o caso de sua realização, o procedimento se encaminhará para a audiência de instrução de julgamento.

Diz-se de instrução, porque, em princípio, tal audiência se presta à predominância da atividade probatória. Como ato complexo, compõe-se de distintas formalidades que se iniciam com a declaração de abertura e o apregoamento das partes, seguindo-se dos depoimentos das partes e a inquirição das testemunhas, eventualmente precedidos da ouvida dos peritos, na ordem do art. 361, CPC. Ao final, declarada encerrada a instrução, os advogados das partes e o Ministério Público, nas causas em que atua, formularão as últimas considerações sobre o caso concreto.

A audiência de instrução e julgamento é o único momento do procedimento judicial em que a parte será ouvida diretamente.

O depoimento da parte é a ocasião em que a mesma (autor ou réu) irá se pronunciar no processo sem a intermediação do seu advogado. O juiz pergunta-lhe diretamente aquilo que considera importante. O depoente tem o encargo de comparecer à presença do juízo, quando o depoimento for ordenado (art. 385, CPC). Pode escusar-se, no entanto, quanto aos aspectos em que o depoimento implicar em fatos criminosos ou torpes se lhe imputados, ou àqueles a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (art. 388, CPC).

Segundo o ritual ordenado no código de processo civil, o depoimento do autor precede o do réu (art. 361, CPC), sendo vedada a presença da parte que ainda não depôs, na ocasião em que a outra estiver sendo inquirida (art. 383, § 2º, CPC). No

processo penal o interrogatório do réu ocorre posteriormente à ouvida das testemunhas, na forma do art. 400 do Código de Processo Penal.

Nesta dimensão instrutória, a audiência proporciona a inquirição de testemunhas, no propósito de elucidação dos fatos objeto de divergência.

A prova testemunhal inspira-se em princípios relativamente semelhantes ao do depoimento do autor e/ou do réu. Daí, ser colhida oralmente na audiência de instrução e julgamento e realizar-se pela inquirição direta e pessoal, pelo juiz, advogados e representantes do Ministério Público, com transcrição do depoimento no termo de audiência, que ao final será subscrito por todos os presentes.

Há peculiaridades, como de outra sorte não poderia ser, que faz da prova testemunhal um mecanismo próprio para levar aos autos a realidade dos fatos.

O ponto de partida para o estudo desse meio de prova é naturalmente a qualificação de alguém como testemunha, ou seja, responder-se à pergunta: quem pode assumir essa condição? Segundo o art. 447 do estatuto processual civil, qualquer pessoa pode testemunhar (no sentido estritamente processual do vocábulo). Não o podem, as pessoas incapazes, impedidas e suspeitas (art. 447 e parágrafos, CPC)

Cabe ao juiz, para evitar reprodução excessiva de testemunhos, limitar em três o número de testemunhas para prova de cada fato (art. 357, § 6º, CPC), ainda que no processo civil admita-se o arrolamento de dez testemunhas. No processo penal, o número admitido é de oito testemunhas, na forma do art. 401 do Código de Processo Penal.

A testemunha regularmente intimada é obrigada a comparecer à audiência, sob pena de ser conduzida coercitivamente (arts. 405, § 5º, do Código de Processo Civil e 411, § 7º, do Código de Processo Penal). Porém, por motivo justo, pode a mesma se escusar do depoimento. Caso, no entanto, a escusa se refira

apenas a alguns fatos, o testemunho será prestado em relação àqueles que não incidir o art. 448 do CPC, relativo a circunstâncias que a isentam de testemunhar.

O testemunho sujeita-se à contradita que consiste na alegação de incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha (art. 457, § 1º, CPC). A impugnação da testemunha (contradita) deve ser formulada antes de iniciado o depoimento, pois, o sendo a posteriori, terá ocorrido a perda da faculdade processual de impugnar o testemunho (preclusão temporal). Há um procedimento mínimo para o julgamento da contradita: o juiz ouvirá a testemunha a respeito; se a mesma confessar a causa que a inabilita para o testemunho, o juiz a dispensará. Porém, se a mesma negar a condição que lhe é atribuída, competirá à parte contraditante demonstrar a procedência de sua impugnação.

No transcurso da audiência cível, a prova testemunhal será a última a ser produzida, eis que a precedem a ouvida do perito e dos assistentes técnicos e os depoimentos pessoais (art. 361, Código de Processo Civil).

De todo modo, após o procedimento mencionado de forma sucinta, o rito estará pronto para a ocasião do julgamento que poderá ser prolatado imediatamente, de forma oral, na própria audiência, de tudo reduzindo-se a termo a ser subscrito por todos os presentes ao ato (art. 367, CPC) ou, caso o juiz não se sinta habilitado para de logo proferir decisão, poderá fazê-lo por escrito no prazo estabelecido em lei, que variará conforme o procedimento.

A sentença é o ato processual por intermédio do qual o juiz, cumprindo requisitos legais (art. 489, CPC), exercita o poder estatal de dirimir um determinado conflito de interesses, administrando, ao caso concreto, a norma jurídica que exprime os valores jurídicos e sociais de determinado momento histórico e em certo estágio cultural, ou seja, que expressa o sentimento coletivo de justiça. Vê-se que a sentença formalmente não é fruto do sentimento individual ou ideológico do juiz, mas da consciência jurídica coletiva, que foi sentida (sententia) pelo julgador.

Proferida a sentença, exaure-se o papel decisório do juiz no primeiro grau. Assim, exerce a função declaratória do direito, no caso concreto. Por vezes, essa declaração não será plena, por força de o juiz encontrar defeitos no processo (falta de condições da ação ou de pressupostos de validade processual) que o impedirão de analisar o litígio e, por questões formais, extinguirá o processo sem analisar o mérito da causa (sentença terminativa). No entanto, quando o feito estiver formalmente regular, será admitida a análise do litígio (*meritum causae*), ocasião em que o exercício jurisdicional será proferido em sua forma genuína, dizendo a quem o direito ampara: o autor ou o réu (sentença definitiva).

O ato decisório que é a sentença congrua os princípios da demanda e o princípio da congruência da decisão com o pedido formulado pelo autor. Neles está contida a ideia de que o pedido delimita o exercício da jurisdição, não podendo o julgador proferir uma sentença que esteja aquém, além ou fora do pedido formulado pelo autor.

Com as articulações acima, podemos verificar, a partir das fases do procedimento judicial, que os seus valores estão estabelecidos a partir dos elementos constitucionais.

Na fase de postulação, apresentam-se os valores do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural, do contraditório. Vencida a etapa em que as partes (autor e réu) formulam pretensão e defesa, coloca-se na pauta procedimental a tentativa de autocomposição dos litigantes. Nesta etapa, estão presentes o valor da boa fé, da informalidade e da oralidade. Inexistindo acordo entre autor e réu, o processo será objeto de uma observação específica: se existem ou não defeitos procedimentais que demandam saneamento. Aqui, o valor imposto pela instrumentalidade das formas (THEODORO JR., 2015, p. 82-84) orienta a atuação do juiz, incumbido de fazer as correções necessárias no que concerne às formalidades do procedimento. Ultrapassada a fase de saneamento, ingressa-se na fase instrutória cujo grande princípio é o da proibição da

prova ilícita que veda a admissão de meios probatórios produzidos sem o conhecimento de uma das partes ou cujo objeto viole outros princípios do sistema processual. Por fim, vencida a etapa de instrução do processo, chega-se à fase decisória que se orienta basicamente pelos valores (princípios) da motivação e da publicidade, a fim de que o juiz apresente os fundamentos da sua decisão e a divulgue para conhecimento de todos, ou quando a causa correr em segredo de justiça, apenas dos interessados e seus advogados.

CONCLUSÕES

Sumariamente, pensamos a experiência restaurativa como um sistema de resolução e prevenção de conflitos baseado em uma postura dialógica, capaz de integrar as pessoas e a comunidade envolvidas no conflito ao procedimento criado para sua solução, dando-lhes voz ativa, de modo que a efetiva inclusão social se opere por intermédio de mecanismos de conscientização de necessidades, responsabilidades e obrigações de parte a parte, tudo assentado na pretensão de se alcançar a coesão social e sua preservação.

Corroboramos assim a hipótese de que, com uma abordagem crítica e hermenêutica, podemos nos aproximar de uma abertura epistemológica, atenta para um questionamento radical do positivismo e do cartesianismo que, em nome de uma pretensa objetividade factual, de uma visão positivista dos conflitos sociais como fatos simples passíveis de legislação simplificadora (PELIZOLLI, 2008, p. 66), imaginam seres jurídicos destacados da densidade concreta da vida social.

Foi assim que, tomando por referência a pesquisa realizada, podemos observar que a análise dos procedimentos que constituíram o objeto do presente trabalho, enseja-nos o exame não apenas dos atos que serão realizados (“o que” e “como” ocorrerá, dentro da metodologia acolhida), mas também o componente subjetivo (“quem” vai realizar e a partir de que base relacional).

Neste quadro, tivemos possibilidade de verificar algumas semelhanças e diferenças entre os valores contidos nos rituais do círculo restaurativo e judicial.

Com efeito, a ideia que nos norteou deu-nos a possibilidade de perceber que existem elementos, no círculo restaurativo, que podem fomentar a reflexão para fins de aprimoramento do modelo oficial (estatal) de justiça. Esse (re)pensar o sistema público de justiça surge desde o reconhecimento da complexidade

das questões humanas que estão implicadas nos conflitos de interesses existentes e observáveis na realidade contemporânea, a partir de uma racionalidade filosófica, política, cultural, sociológica, psicológica, espiritual.

Isso reflete uma dimensão de valor segundo os princípios presentes no atual momento histórico (acesso a uma justiça formal e materialmente qualificada). Tal compreensão insere-se naquilo que configura típicos elementos de direitos humanos, uma vez que representam valores supremos da humanidade e que foram, pouco a pouco, consolidados por meio do reconhecimento de direitos civis, políticos e sociais.

O ideal de restauração da justiça, segundo observamos, traduz não só uma esperança de evolução, nas formas de obtenção da justiça, mas um movimento efetivo de ressignificação do pensamento sobre o que é justo tanto no sentido objetivo (o que fazer para prevenir conflitos, afirmar a cidadania, restabelecer relações e reparar um dano) quanto subjetivo (sobre quem a abordagem do sistema de justiça deve incidir: ofensor; mas também vítima e comunidade).

A justiça restaurativa traduz uma perspectiva epistemológica diversa do modelo judicial de resolução de conflitos e, sem negar-lhe a importância, surge como alternativa às suas diretrizes políticas e axiológicas, podendo, neste passo, significar importante caminho para a reflexão sobre os valores do sistema oficial, o que inclui repensar seu método, seu procedimento.

Neste particular, tivemos a oportunidade de analisar que o Estado, enquanto ente incumbido da administração da justiça e que implementa, por meio do procedimento judicial, uma série de valores (reunidos sob a denominação do “devido processo legal” ou “processo justo”), comporta aperfeiçoamento na medida em que se reconheça a multidimensionalidade das relações humanas e se amplie a forma de abordar os litígios, transcendendo a visão de que o mesmo configura tão somente um “fato típico” que, uma vez investigado quanto aos seus

elementos objetivos, permitirá a infligção de uma sanção ao agente que lhe deu causa (ofensor) e, com isto, a paz social resultará restabelecida.

Vimos, conforme o entendimento de vários teóricos contemporâneos, que há um espaço a ser ocupado por uma nova racionalidade, mais humanizada e humanizadora, no sentido de que os diversos componentes que integram o conflito de interesses intersubjetivos demandam uma forma mais completa de apreciação o que, por seu turno, permitirá que a solução a ser encontrada se torne mais qualificada e tenha maior aptidão de aproximar-se do que se considera, no momento contemporâneo, social e juridicamente justo.

Podemos observar que já existem movimentos no sentido de ressignificar a visão tradicionalmente estabelecida no regime estatal de justiça, sendo a introdução de um sistema de mediação, no Código de Processo Civil, a maior expressão disso na legislação atual. Rediga-se que, por meio de centros de mediação, levar-se-á a efeito uma filosofia cuja centralidade é construir elementos de autonomia relacional para as partes em litígio, a fim de que o conflito concreto que as envolve e mesmo aqueles futuros que ainda estejam eventualmente por existir entre os mesmos sujeitos sejam resolvidos por meio do diálogo direto entre eles, sem necessariamente a intervenção de um terceiro imparcial que prolate uma decisão. Imagina-se que essa racionalidade ensejará importantes resultados, sobretudo na área do Direito de Família.

Um outro aspecto que nos chamou atenção e por isso constituiu objeto da pesquisa, foi a identificação de uma proposta restaurativa muito comprometida com a formação de uma dialogia capaz de fomentar efetiva, direta e respeitosa comunicação entre os envolvidos no processo circular. Diz-se isso por que observamos que esse caráter dialógico (direto, verdadeiro, deferente) tem pouca presença no procedimento judicial, uma vez que o mesmo se inspira na constituição de um “contraditório”, cujo significado representa muito mais o plano de uma dialética, em que teses e antíteses se contrapõem e formam a

síntese judicial, do que um processo dialógico. Neste sentido, o modelo adversarial instituído implica no fomento do espírito de embate em que o uso da palavra entre as partes (autor e réu, vítima e ofensor) apenas é considerado naquilo que afirma interesses unilaterais e não o depuramento dos sentimentos e necessidades dos contendores. A própria forma de comunicação processual induz à beligerância entre os litigantes, seus defensores e representantes do Ministério Público, na medida em que são admitidas e utilizadas expressões que ferem a noção mais elementar de diálogo, ressalvadas aquelas vedadas por lei, na forma do art. 78 do Código de Processo Civil. É usual a utilização de expressões apresentadas nos textos escritos que disparam, exemplificativamente: “a parte contrária faltou com a verdade afirmando irresponsavelmente que...”; “o autor nada mais quer senão retardar o procedimento...”; o réu insiste em ludibriar o Juízo”; “as alegações apresentadas são mentirosas”. Vê-se que a comunicação pode ser aperfeiçoada, sobretudo no sentido de que o trato da linguagem atual sugere, principalmente para os fins de construção de um verdadeiro diálogo, o acolhimento de uma comunicação que não viole os objetivos do encontro (comunicação não-violenta).

Além dos aspectos vinculados à amplitude da abordagem dos procedimentos judicial e do círculo restaurativo, tivemos, com o presente trabalho, a possibilidade de observar, quanto à configuração subjetiva e relacional dos rituais destinados à gestão de soluções de conflitos de interesses, que a participação da comunidade e mesmo de outros atores no processo de construção da melhor solução para o caso, constitui fator que pode demonstrar a preocupação dos integrantes do meio social com o restabelecimento daquele que sofreu o dano, assim como com quem o praticou. Isso reverbera componentes subjetivos, na vítima e no autor do fato, no sentido de que forma sentimentos positivos de autoestima, consideração, compromisso, atenção, cuidado.

Quanto ao aspecto estritamente relacional, vimos que uma das distinções mais significativas dos modelos de gestão da jus-

tiça é o elemento hierárquico, contido no sistema oficial e pouco presente e, em alguns casos, ausente no círculo restaurativo. A lateralidade do encontro restaurativo instiga mecanismos concretamente perceptíveis de isonomia e de cuidados entre os participantes e, com eles, forma-se uma aura de segurança psicológica para que todos revelem o “melhor de si” e, juntos, encontrem a solução do impasse.

Contudo, não imaginamos que a filosofia que impregna o Estado no exercício de suas funções seja alterada a ponto de abolir-se o seu poder de império e, com ele, o senso radical de autoridade. Porém, é de se admitir que a racionalidade contida no extremo do “poder da autoridade” também causa danos severos à plena comunicação entre os sujeitos processuais, sobretudo entre os que dominam a técnica jurídica e o cidadão jurisdicionado, destituído do conhecimento de vocábulos da prática forense ou mesmo dotado apenas de uma fala coloquial que, diga-se, nem de longe é utilizada nos tribunais brasileiros. A hierarquia do Estado-Juiz, para os fins de uma comunicação verdadeira, deve prezar pelo uso de uma linguagem acessível ao cidadão que se utiliza do sistema oficial. Ainda, parece-nos importante concluir que exercício de autoridade não desfigura o trato humano que deve estar presente na relação que se cria com o processo judicial. Desta forma, prepotência, arrogância, insolência, orgulho, presunção, revelam descuido para com o outro, circunstâncias que jamais deveriam ser admitidas na prestação do serviço público de justiça, mas que em várias passagens estão presentes na própria conduta dos agentes públicos.

No que diz respeito aos procedimentos enquanto típicos rituais, enquanto sequência de atos correlacionados e que têm por finalidade a prolação de uma decisão final onde se aplica o direito material para resolução do caso litigioso, a abordagem feita neste trabalho considerou, para os fins que perseguimos, os atributos mais expressivos dos valores procedimentais.

Na perspectiva adotada, o quadro comparativo desenhou-se a partir das fases dos procedimentos estudados. Assim,

enquanto no sistema do círculo restaurativo observamos que suas etapas (pré-círculo, círculo e pós-círculo) são marcadas pelos valores do encontro, da participação, da reparação e da reintegração, tidos como imprescindíveis para a obtenção dos resultados almejados no contexto restaurativo, o modelo estatal privilegia elementos bem distintos no desenvolvimento e operacionalização de sua metodologia: juiz natural, que institui um sistema de competências para distribuição do trabalho judiciário; contraditório, formador de uma dialética constituída pela palavra dos advogados (capacidade postulatória) e dos representantes do Ministério Público com o juiz; instrumentalidade das formas, racionalidade pela qual as formalidades são meio para a obtenção do objetivo final; proibição da prova ilícita; motivação das decisões e publicidade dos atos processuais.

Neste recorte, obtivemos resultados significativamente dispares na medida em que, na fase inicial do sistema judicial (fase de postulação), observamos que a preparação do procedimento praticamente inexistente ou, ao menos, ocorre de forma muito diversa do que acontece no denominado pré-círculo da metodologia restaurativa, pois o planejamento da configuração objetiva e subjetiva do encontro restaurativo é um dos seus movimentos obrigatórios e mais importantes. No rito judicial, o que precede a propositura da ação são os relatos prestados aos advogados ou à autoridade policial e, estes, seguindo uma rotina documental própria, são repassados ao juiz por meio das peças documentais que irão iniciar o procedimento (petição inicial, denúncia, queixa-crime).

Assim, no cenário estatal e para os fins de deduzir-se uma pretensão em Juízo, quando ocorre a protocolização da petição própria, o processo judicial já se inicia, competindo ao juiz impulsioná-lo, dando vazão aos princípios jurídicos acolhidos constitucional e infraconstitucionalmente. Nesta moldura, os contatos pessoais que precedem o procedimento judicial ocorrem exclusivamente, como dito, entre as partes (vítima e réu) e seus advogados. No sistema processual criminal, a vítima é ouvida perante uma autoridade policial e nem chega a ter contato

com o representante do Ministério Público que irá mover a ação penal.

Da mesma forma, a apresentação das expectativas contidas na filosofia do processo judicial e do seu percurso metodológico está inteiramente a critério dos advogados que podem ou não formular espontaneamente os esclarecimentos que os protagonistas do conflito precisarem. Não há contato prévio dos sujeitos processuais com o juiz da causa, salvo raras exceções, a exemplo dos procedimentos que versam sobre crimes de menor potencial ofensivo. Neste sentido, nem se exige nem é usual que o juiz se certifique de que as partes estão bem situadas quanto ao que ocorrerá no transcurso do procedimento judicial e quais os exatos objetivos que serão buscados.

Ainda sobre a etapa inicial do processo judicial, vale dizer que o sistema estatal está subjetivamente muito mais focado no autor do malfeito do que em quem sofreu as suas consequências. A vítima não é pensada em termos de participação (novamente ressaltamos a exceção dos procedimentos acerca de crimes de menor potencial ofensivo) e de quem precisa de cuidados, mesmo que a ferida que se lhe abriu, com o dano perpetrado pelo agente do fato, a coloque em uma situação de vulnerabilidade que demande atenção e tratamento. No processo civil a vítima é parte no sentido processual (está presente em um dos polos da demanda) e, portanto, será tratada processualmente da mesma forma que o réu. No processo penal, a vítima atuará apenas no concurso do esclarecimento do fato, quando inquirida pelo Juízo. Seu papel, também aqui, segundo o intento dessa pesquisa, demanda reflexão e aprimoramento por parte do sistema oficial, a fim de que a vítima seja reconhecida em suas necessidades e também seja objeto de cuidados próprios para a integral superação do mal que lhe foi imposto.

Sobressai, da pesquisa realizada, que os elementos humanos da relação jurídico-processual, considerados a partir das normas que regulam o “encontro judicial”, estão em um nível muito superficial e quase impessoal, de modo que ficam a de-

pendar excessivamente da formação e da consciência humanística dos profissionais que atuam em cada causa para serem implementados de forma mais elaborada e refletida.

Levando, agora, estas considerações finais para as etapas posteriores dos procedimentos analisados, podemos observar que a fase do Círculo, onde são desenvolvidas as atividades voltadas para a formação do diálogo entre os participantes e o alcance da melhor decisão, equivale às fases judiciais denominadas pela doutrina jurídica de postulação, tentativa de conciliação, saneamento, instrução e decisão.

O círculo restaurativo inicia-se objetivamente com a cerimônia de abertura e se desenvolve com as rodas de diálogos, onde as perguntas e temas norteadores, anteriormente planejados e elaborados, são apresentados, respondidos e certificados em sua compreensão pelos participantes, com a intermediação do facilitador. Durante o processo de coligirem-se as respostas, revelam-se os sentimentos dos participantes e suas necessidades para superação do conflito. Surgem, desse diálogo, os elementos de autoresponsabilização e decisão consensual.

Na fase do Círculo, pode ser claramente verificada a intenção de criarem-se os já mencionados valores do encontro restaurativo: honestidade, respeito, abertura, cuidado, coragem, paciência, humildade, compartilhamento, inclusão, empatia, confiança, espiritualidade, perdão, amor.

O procedimento judicial, por seu turno, sob uma filosofia própria, de base racionalista e laica, alimenta-se, primeiramente, do valor “autoridade judicial”, expresso na hierarquia típica da relação Estado-cidadão e bem consolidada procedimentalmente na definitividade de suas decisões (coisa julgada). Tal autoridade busca legitimação nos princípios do juiz natural, onde se implementa um sistema de competências que impede a formação de tribunais de exceção, e da imparcialidade do julgador que o impede de estar vinculado a uma das partes e, ao mesmo tempo, veda a formação de pré-compreensões sobre o fato a ser tratado, uma vez que sua convicção deve ser formada apenas após a aná-

lise das informações (provas) constantes dos autos do processo judicial.

As discussões ocorridas no rito judicial são realizadas, quase que integralmente, pelos operadores da técnica processual (Advogados, Juizes, Representantes do Ministério Público, Defensores Públicos, Procuradores da Fazenda Pública). As partes não atuam diretamente na formação do convencimento do julgador. Esta é tarefa dos mencionados operadores da técnica jurídica.

Uma reflexão que o sistema oficial demanda, neste sentido, é que a exclusão das partes na interferência direta sobre a formação da convicção do juiz da causa desempodera os protagonistas do conflito e, com isto, são suprimidos os componentes culturais, emocionais, sócio-econômicos que interferem na cognição mais ampla do fato e reduz o potencial de prolação de uma decisão final mais qualificada, do ponto de vista de sua justiça. Vale dizer que a intermediação dos advogados, membros do Ministério público, defensores, procuradores, é fundamental para garantir-se a dimensão técnico-jurídica do fato, mas esta não esgota a compreensão do conflito. Portanto, repor a voz da vítima e do agente do fato, de forma mais efetiva, pode constituir um fator de aprimoramento do sistema oficial.

Ainda nesta perspectiva da denominada fase postulatória, podemos dizer que nela se desenha a dialética do processo, sob o “manto” do princípio do contraditório, sobre o qual já tratamos acima, nesta conclusão.

Vê-se, em suma, que no momento de instauração do procedimento judicial há três fortes valores que serão concretamente implementados: (1) a afirmação da autoridade do Estado-Juiz e a comunicação (2) indireta e (3) dialética. Estes atributos são efetivamente distintos dos elementos presentes na etapa do círculo restaurativo onde prevalece a ausência de hierarquias (lateralidade do encontro, expresso até mesmo na geometria e geografia do círculo) e a comunicação direta, dialógica e não-violenta.

Por sua vez, no processo civil, no que respeita à fase que se segue à ocasião postulatória: a etapa de mediação do processo judicial, existem elementos comuns, notadamente no que diz respeito à formação da autonomia relacional entre os protagonistas do conflito e do caráter de confidencialidade, oralidade e informalidade do procedimento.

Com efeito, verificou-se que o trabalho do mediador judicial é criar as condições necessárias para o restabelecimento do diálogo entre os sujeitos processuais, afirmando-lhe autonomia para resolver o conflito fora da cultura da sentença.

Do mesmo modo, as discussões eventualmente realizadas na mediação judicial não podem extrapolar o seu ambiente natural, a fim de não interferirem na convicção do julgador. A audiência de mediação é governada pela verbalização das intenções de cada sujeito do processo e não há documentação no sentido de reduzir-se a termo todo o conteúdo do que se discutiu, mas apenas uma suma do resultado exitoso ou não da audiência.

Neste particular, há importante aproximação do ritual judicial com o procedimento adotado no sistema restaurativo, ainda que, na audiência de mediação, inexista círculo, objeto central, roda de perguntas e respostas nem bastão de fala.

A denominada fase de saneamento do rito judicial impõe ao juiz a observação de eventuais defeitos na realização das formalidades do procedimento, colocando expressamente na pauta metodológica do sistema oficial o princípio infraconstitucional da instrumentalidade das formas, antes da análise do mérito da causa. Por ele, as formalidades devem ser cumpridas tal como afirmado na lei. Contudo, caso tangencialmente alcancem suas finalidades, devem ser consideradas válidas. Sendo, todavia, o defeito impassível de reparação, ou seja, ocorrendo as chamadas nulidades absolutas (defeitos procedimentais insanáveis), o juiz deve determinar sua correção, anulando o ou os atos viciados e os que dele forem decorrentes.

Fazendo-se a comparação do rito judicial com as formalidades do círculo restaurativo, podemos compreender que o caráter informal que perdura durante todo o procedimento circular reduz substancialmente a constituição de uma dimensão ritualística, se pensada nos termos do padrão estatal, ainda que se possa perceber uma discreta existência de componentes formais nas cerimônias de abertura e fechamento do círculo, nas rodadas de perguntas, de resposta, de réplicas, de afirmação de responsabilidade e, ao final, no diálogo sobre a decisão a ser tomada. Porém, essa “feição formal” não coincide com o princípio da instrumentalidade das formas porque o procedimento restaurativo é, por inteiro, fortemente oralizado e implantado por meio de consensos e não por imposições normativas prévias.

No que diz respeito à fase do procedimento judicial em que predomina a atividade de coleta de provas (etapa de instrução), o objeto da atividade dos sujeitos processuais é o fato conflituoso, de modo que haverá uma convergência de atitudes no sentido de, cada um, tentar demonstrar a veracidade ou a verossimilhança de sua versão sobre a lide. O objetivo é interferir no convencimento do julgador.

O princípio da proibição da prova ilícita é o centro valorativo desse momento procedimental. Por meio dele, o juiz da causa delimita o que pode ou não ser admitido nos autos e utilizado para a formação de um juízo de realidade sobre a circunstância litigiosa. Caso a prova seja oriunda de meios não contemplados na legislação nem aceita pela doutrina jurídica, ela será excluída dos autos, se já produzida, ou inadmitida caso a intenção de uma das partes, por seus advogados, seja de levá-las ao processo judicial.

A comparação da fase judicial instrutória com o rito do círculo restaurativo fica prejudicada, uma vez que neste não há investigação do fato, pois o mesmo foi desde o início objeto de reconhecimento pelo ofensor e de consenso com a vítima.

Por certo, há um sem número de causas que não alcançarão essa consensualidade e, portanto, não serão adequadas ao encontro restaurativo.

Ainda que o pedido inicial mostre parcialmente incontroverso, prevalece a cultura da sentença, uma vez que, por força da própria lei (art. 356, I, do Código de Processo Civil), o juiz deverá julgar a causa, quanto a esse conteúdo, fazendo o procedimento seguir apenas quanto às questões remanescentes.

Vê-se que a matéria posta perante o Juízo Estatal, mesmo que perca o seu caráter litigioso, deverá ser objeto de uma decisão do juiz da causa e não será razão para a elaboração de consenso, diversamente do que ocorre na hipótese restaurativa.

Especificamente em relação à decisão judicial, vale mencionar que sobre ela pesam os valores da motivação, cujo sentido vincula-se à sua fundamentação, à explicação das razões que levaram o julgador a convencer-se que o modo por ele eleito é o que melhor resolve o conflito entre as partes; e da publicidade, a fim de que as partes tomem conhecimento do conteúdo decisório prolatado e, a partir dele, possam tomar as providências recursais ou executivas que o caso comportar. A propósito, publicidade é princípio norteador de todo o procedimento, ressalvadas as situações que, por força de lei, devam correr em segredo de justiça.

Nesse campo decisório, o grande elemento diferenciador é o confronto entre a cultura da sentença a ser proferida pelo terceiro supostamente imparcial (Estado-Juiz) e a consensualidade estabelecida na proposta restaurativa.

Por fim, fazendo o comparativo entre os valores e atividades do pós-círculo e a atuação do Estado-Juiz posterior à prolação da decisão final, observamos que a avaliação sobre o alcance dos resultados está presente na modalidade restaurativa e ausente no sistema estatal, ainda que este, formalmente, disponha de instrumento para fazê-lo, sobretudo na esfera criminal por meio do sistema prisional. Porém, do ponto de vista

pragmático, o sistema estatal está distante de avaliar, caso a caso, o nível de resolutividade de suas decisões.

Diversamente, consoante já afirmado, o pós-círculo constituiu-se, em todos os casos, de reuniões onde será analisado o grau de restauratividade obtido no procedimento circular e, dessa avaliação, poderão ser tomadas novas decisões consensuais para aperfeiçoar ou ajustar a que já foi avençada, na fase do Círculo, ou mesmo reconhecer-se sua ineficácia, por descumprimento, fazendo-se a análise de ser, o caso conflituoso, encaminhado ou não a outras instâncias de resolução.

O ritual do círculo restaurativo contempla, como vemos, com maior solidez o valor da efetividade de suas decisões, na medida em que está comprometido com uma avaliação de resultados. Também neste viés, o procedimento judicial pode inspirar-se para aprimoramento de sua técnica metodológica e mesmo de sua filosofia.

Como decorrência de tudo o que neste trabalho se expôs, foi possível confirmar a hipótese inicial de que o sistema judicial de justiça pode fazer-se objeto de aprimoramento de suas técnicas e de seus valores, a partir da observação e estudo da axiologia contida no processo circular da justiça restaurativa.

O esforço levado a efeito, na pesquisa realizada, permitiu-nos ampliar nossa visão teórica e pragmática sobre os sistemas oficial e restaurativo de resolução de conflitos e mantermos a crença de que é possível superar limitações institucionais para os fins de afirmar-se de forma mais consistente o imperativo da justiça, por meio de atitudes concretas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. V. 1, 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

AMSTUTZ, Lorraine Stutzman et al. Disciplina restaurativa para as escolas: responsabilidades e ambientes de cuidado mútuo. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

ASSUMPÇÃO, Cecília Pereira de Almeida et al. Justiça restaurativa: um conceito em desenvolvimento. In: GRECCO, Aímée et al. Justiça restaurativa em ação: práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro et al. Comentários à Constituição do Brasil, v. 2. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Curso de Direito Constitucional. 18a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica. Campinas-SP: Servanda Editora, 2012.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. São Paulo: Cone Editora, 1995.

_____. Teoria geral do direito. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOYES-WATSON, Carolyn et al. No coração da esperança : guia de práticas circulares : o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

BRAGHITTONNI, R. Ives. O Princípio do Contraditório no Processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRANCHER, Leoberto Narciso. Iniciação em Justiça Restaurativa: Subsídios de Práticas Restaurativas para a Transformação de Conflitos. Porto Alegre, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, v. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRIÓ, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. Teoria Geral do Processo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CRETELLA NETO, José. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

EDNIR, M. Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania. São Paulo: CECIP, 2007.

FARIA, José Eduardo. Introdução: o judiciário e o desenvolvimento socioeconômico. In: FARIA, José Eduardo (org) Direitos Humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Francisco Amaro. Justiça restaurativa: natureza, finalidade e instrumentos. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org) Justiça restaurativa. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJBrasil - 1º Semestre 2017. Disponível em: < <http://http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

GACKI, Sérgio Ricardo Silva. Perspectivas do Diálogo em Gadamer: A Questão do Método. São Leopoldo-RS: Cadernos do Instituto Humanitas Unisinos, n. 16, 2006.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é possível no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org) Justiça restaurativa. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JACCOUD, Milène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org) Justiça restaurativa. Brasília - DF: Ministério da

Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LAKATOS, Eva Maria et al. *Metodologia Científica*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *A crise da norma e a reforma do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (org) *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Sociologia Jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir*. 6 ed., São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: a tutela dos direitos mediante procedimento comum*, V. 2. São Paulo: RT, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio da pesquisa*

social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.) *Pesquisa Social: teoria, método e criatividade*. 31 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, pp. 9 – 29.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed. São Paulo: RT, 1999.

MORIN, Edgard. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, vol. único.

OLDONI, Everaldo Luiz et al. *Justiça restaurativa sistêmica*. Joinville, SC: Manuscritos Editora. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. *O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 388, 2006.

OLIVEIRA, Frederico José Santos de. *Premissas fundamentais do processo de conhecimento*. 2 ed. Recife: Bagaço, 2005.

_____; MELO, Luiz Gustavo Simões Valença de. *Formalismo no processo civil: possibilidades de superação*. Recife: Bagaço, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.

PELIZZOLI, Marcelo. *Fundamentos para a restauração da justiça. Resolução de conflitos, justiça restaurativa e a ética da alteridade/diálogo*. In: PELIZZOLI, Marcelo (org.) *Cultura de Paz: educação do novo tempo*. Recife: Editora da UFPE, 2008, pp. 63 – 88.

_____. Introdução à comunicação não violenta (CNV) – reflexões sobre fundamentos e método. In: PELIZZOLI, Marcelo; SAYÃO, Sandro (org.) *Diálogo, mediação e justiça restaurativa: cultura de paz*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

_____. Paz e conflito. Visão sistêmico-fenomenológica. In: PELIZZOLI, Marcelo (org.) *Cultura de paz: restauração e direitos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

_____. *Círculos de Diálogo: base restaurativa para a Justiça e os Direitos Humanos*. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. Silva, Eduardo F., Gediel, José A. P., Trauczynski, Silvia C. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. Disponível em www.curadores.com.br.

PALERMO, Pablo Galain. Formas de consenso que permiten la suspensión en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 60, p. 254-297, maio/jun. 2006.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PRANIS, Kay. *Justiça Restaurativa e Processo Circular nas Varas de Infância e Juventude*, 2010a. Disponível em http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_424.pdf. Acesso em 15 de junho de 2019.

_____. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010b.

_____. *Círculos de justiça restaurativa e construção de paz: guia do facilitador*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Para uma cultura de paz: direitos humanos e justiça restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo (org.) *Cultura de paz: restauração e direitos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

_____. *Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Maringá: Kindle, 2013.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2006.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 1, v. 6, p. 43-61 – janeiro-junho 2014.

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

SALMASO, Marcelo Nalesco. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz, In CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. I Ed., Brasília, CNJ, 2016.

SAMPAIO, Rosana F et al. Estudos de revisão sistemática: um guia para síntese. *Rev. bras. fisioter.*, São Carlos, v. 11, n. 1, p. 83-89, jan./fev. 2007

SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. São Paulo: RePro, v. 37, pp. 121 – 139, 1985.

SCURO NETO, Pedro. *Modelo de Justiça para o Século XXI*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 2003. Disponível em: <file:///C:/Temp/ARTIGO+PROF.+PEDRO.HTM>. Acesso em: 10 junho 2008.

Prudente, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Unknown. Edição do Kindle.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Maria de Fátima Galdino da; MIRANDA, Cristiane Valença de. *Cultura de paz na universidade*. In: PELIZZOLI, Marcelo (org.) *Cultura de paz: restauração e direitos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion et al. *O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, pp. 53 – 74, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. 1. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Manual de Direito Penal*

brasileiro: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2004.

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

_____. *Justiça restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

