XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

EDINILSON DONISETE MACHADO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez; Edinilson Donisete Machado– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-574-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

A história da humanidade descreve uma realidade em que o ser humano sempre conviveu com o conflito, cuja face se revela na escravidão, homossexualidade, preservação ambiental, liberdade de crença, direito das mulheres a um tratamento igualitário, dentre outras disputas excluídas do debate, porém a evolução do pensamento humano possibilitou a integração das partes conflitantes e a satisfação das necessidades destas. Assim, cada sociedade é fortemente marcada pela existência de conflitos, positivos ou negativos, seja entre sindicato e empresa, entre empregado e empregador, entre nações, entre o marido e a sua esposa, entre crianças, ou seja, em todos os setores e níveis do tecido social, demonstrando-se em cada conflito os valores e motivações de cada parte envolvida, suas aspirações e objetivos, seus recursos físicos, intelectuais e sociais para suscitar ou tratar a disputa.

Nesta tessitura, percebe-se que cada participante de uma interação social responde ao outro de acordo com as suas percepções e cognições deste, as quais podem ou não corresponder à realidade do outro, bem como cada participante é influenciado pelas próprias expectativas em relação às ações e conduta do outro, podendo a interação social ser iniciada por motivo distinto daquele que mantém a integração das partes.

Da interação, os atores são expostos como modelos e exemplos a serem imitados e com os quais se deve identificar. Dessa forma, compreende-se que a interação social se desenvolve em um ambiente (família, grupo, comunidade, nação, civilização) que apurou técnicas, símbolos, categorias, regras e valores relevantes para as interações humanas.

Para a compreensão dos eventos desencadeados pela interação social, devem-se entender as inter-relações dos eventos com o contexto social que envolve cada um. Ademais, salienta-se que apesar de um participante da interação social, seja pessoa ou grupo, ser uma unidade complexa composta por vários subsistemas interativos, ela pode agir unificadamente em determinado aspecto de seu ambiente. E, por conseguinte, tomar decisões no plano individual ou no plano nacional, as quais podem desencadear uma luta entre diferentes interesses e valores de controle sobre a ação (DEUTSCH, 2004).

Para responder aos conflitos surgidos na sociedade, o Estado utiliza-se do Poder Judiciário, a partir da intervenção do juiz, o qual deve decidir os litígios, e pôr fim ao conflito por meio de uma decisão que se torna definitiva e, portanto, imutável. Por outro lado, surgem as práticas

de tratamento de conflitos, as quais objetivam compreender as pessoas envolvidas no embate para alcançar um tratamento qualitativamente adequado, construído pelas próprias partes com o auxílio do terceiro mediador. Por isso, nos próximos pontos, estudar-se-á o papel da mediação como instrumento de tratamento de conflitos e acesso a uma ordem jurídica justa.

Novas práticas de justiça devem ser realizadas a fim de retirar das pessoas a sensação de alienação social operada pelos poderes do Estado e, em especial, por seus representantes. Nessa ótica, verifica-se que a revolução democrática da justiça deve superar primeiramente o distanciamento da justiça das pessoas, estabelecendo um elo sólido e permanente, atendendo à sua função social de garantir e concretizar a cidadania de forma que cada um seja mais consciente de seu papel na sociedade, bem como participe direta e efetivamente do desenvolvimento social, político, econômico e cultural do seu espaço. O exercício concreto da cidadania requer um empoderamento das pessoas, capazes de lidar com o seu próprio conflito e de gerir sua própria vida, razão pela qual o estudo dos meios complementares de tratamento de conflitos realiza esse objetivo.

Nesse sentido, inserem-se as Resoluções n. 125 de 29 de novembro de 2010, e n. 225 de 31 de maio de 2016, ambas do Conselho Nacional de Justiça, a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil vigente desde 16 de março de 2016), e a Lei n. 13/140/2015, a qual regulamenta a mediação judicial e a mediação extrajudicial, introduzindo, igualmente, a mediação na administração pública.

Os capítulos que compõem a linha Formas de Solução Consensual de Conflitos representam a valorização do ser humano, a consensualidade da resolução dos conflitos e o empoderamento dos envolvidos, portanto, contribuem para a concretização do acesso a uma ordem jurídica justa pela implementação da mediação e da justiça restaurativa.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM SISTEMA DE JUSTIÇA ADEQUADO À ABORDAGEM DO ABUSO INCESTUOSO INFANTIL.

RESTORATIVE JUSTICE AS A SYSTEM OF JUSTICE APPROPRIATE TO THE APPROCH OF INCESTUOUS CHILD ABUSE.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães

Resumo

Este trabalho de natureza bibliográfica apresenta discussão sobre a Justiça Restaurativa, como alternativa ao modelo de Justiça Retributivo, punitivista, concernente aos casos de abuso incestuoso infantil. Isto porque, defendemos que a Justiça Restaurativa constitui um modelo mais adequado à abordagem do processo de judicialização da criança vítima do abuso incestuoso, em razão dessa forma de justiça possuir como cerne a reparação do dano e o respeito à vítima de modo a contribuir com a possibilidade de resiliência da criança. A Justiça Restaurativa se mostra mais apropriada, dado que o modelo punitivista tem como alcance apenas a punição do agressor.

Palavras-chave: Justiça restaurativa, Justiça retributiva, Abuso incestuoso, Resiliência, Criança

Abstract/Resumen/Résumé

This paper of bibliographical nature presents discussion on Restorative Justice, as an alternative to the model of Retributive Justice, punitive, regarding cases of child incestuous abuse. This is because, we defend that Restorative Justice is a more appropriate model to approach the process of judicialization of the child victim of incestuous abuse, notably because this form of justice has as its core reparation of damage and respect for the victim in order to contribute with the possibility of child resilience. Restorative Justice is more appropriate, given that the punitive model has as its scope only the punishment of the aggressor.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Restorative justice, Retributive justice, Incestuous abuse, Resilience, Child

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir, por meio de uma pesquisa bibliográfica, a viabilidade da Justiça Restaurativa como modelo de justiça alternativa na abordagem dos casos de abuso incestuoso infantil, na medida que pode contribuir com o processo de resiliência da criança. O abuso incestuoso infantil é uma modalidade de violência traduzida por toda forma de exposição de uma criança à estimulação sexual, práticas sexuais que incluem a sedução, o toque, a cópula, intercurso oral, anal, exibicionismo dentre outras práticas, realizado por um adulto que possui com a criança laços de consanguinidade, função de cuidar e proteger. Ainda essa que essa forma de violência possa ser praticada por qualquer dos genitores, nosso enfoque incide na figura do pai, em razão da alta manifestação empírica de atos dessa natureza praticados por ele. Em que pese o abuso ocorrer em ambos os sexos, as crianças do sexo feminino constituem majoritariamente o maior número de vítimas[1].

Trata-se de uma forma de violência que apresenta enorme dificuldades no processo de judicialização, por contar o pacto de silêncio que se estabelece entre o adulto e a criança, por quase sempre não deixar vestígios físicos, de modo que, em regra, tem-se como único elemento probatório a palavra da criança. Assim, quando as denúncias de abuso chegam aos tribunais, considerando a finalidade da persecução penal, a vítima do abuso será vista como objeto probatório, de modo que a finalidade do processo, nitidamente punitivista, será condenar ou absolver o pai agressor, não havendo uma preocupação precípua com os danos sofridos pela vítima. Nesta perspectiva, inicialmente exporemos os traços essenciais do sistema de Justiça Retributiva, traduzido pelo modelo punitivista, a fim de mostrar sua falência em relação ao fim que se propõe, em decorrência de adotar a pena como elemento de reabilitação social do infrator e por secundarizar ou negligenciar a importância da vítima como um dos sujeitos centrais do drama penal.

Desta feita entende-se que o paradigma da Justiça Restaurativa pode ser uma alternativa ao modelo referido, por ser mais adequado à abordagem judicial dos casos de abuso incestuoso, notadamente por sua preocupação de não incorrer na sua revitimização da criança. A Justiça Restaurativa tem como cerne a satisfação dos interesses da vítima, de modo que a reparação do dano sofrido lança luz sobre a possibilidade de pensarmos na capacidade de resiliência da criança vítima, uma vez que ela encontre os meios externos que favoreçam esse processo.

---

[1] A este respeito, Forward afirma que, com base em estudos sérios, pelo menos uma em dez crianças é molestada por um membro da família em que confia. Ressalta-se que os números sobre o abuso incestuoso não condizem com a realidade fática dessa prática, tendo em vista a cifra negra. Entre as vítimas registradas, as meninas superam os meninos numa proporção de dez para um.

O modelo punitivista que constitui o paradigma hegemônico em diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso do ordenamento pátrio, não pode ser visto como único modelo existente. Ademais, de acordo com Zehr (2012), nem sempre a punição institucionalizada e o cárcere constituíram a via naturalizada de solução de conflito, de modo que a Justiça Restaurativa não é uma criação da atualidade ou um modelo inusitado de justiça. Trata-se do resgate da prática da mediação de conflitos envolvendo ofensor e vítima, personagens centrais do drama penal. A Justiça Restaurativa adquire evidência no contexto da indiscutível crise ou mesmo falência do modelo punitivista.

O resgate de práticas restaurativas é, acima de tudo, a valorização do diálogo como instrumento essencial na condução e, quiçá, de resolução de conflitos. Como afirmado anteriormente, não consiste em uma novidade, pois, em certas sociedades comunais ou tribais coletivas, cujos traços essenciais eram o uso coletivo dos meios de produção, o cooperativismo e a forte valorização das relações familiares, predominavam entre elas características restaurativas nas formas de organização social, como esclarece Jaccoud *apud* Lara (2013, p. 19).

As práticas restaurativas de solução de conflito foram, ao longo da história, sendo substituídas a partir da consolidação dos Estados nacionais, mormente com o advento do Estado moderno, com a assunção do monopólio da gestão do conflito e, assim, ocupando o lugar que antes fora ocupado pela vítima. Diante disso ocorre justamente na modernidade[2] e com o predomínio do direito moderno, cujos traços mais marcantes são o formalismo e a abstração.

1 O FRACASSO DO MODELO PUNITIVO E A REVALORIZAÇÃO DO MODELO RESTAURATIVO

O modelo punitivo consiste em um padrão de solução de conflitos, corolário do direito moderno, portanto, de resposta ao crime cujo traço central é a restrita visão de que a pena é a

[2] A modernidade é uma época que pode ser melhor compreendida no âmbito das Revoluções Industrial, tecnológica e mesmo biotecnológica que, por meio da ciência e da técnica, transformaram o mundo atual sem precedência na história. O que há de comum em todas essas conquistas e transformações é que elas estão ligadas ou mesmo são resultados do predomínio da razão. Razão pela qual se constata o nexo interno entre modernidade e racionalidade. A modernidade, assim entendida, tem como pilar o projeto da Ilustração do século XVIII que, em seu sentido originário, representou uma grandiosa proposta de emancipação, sobretudo das tutelas religiosas e políticas, o que garantiria ao homem sua autonomia. Desta feita, defendeu-se a ideia de que, quanto mais intensa a racionalidade, mais realizável seria o progresso rumo à perfectibilidade humana. Todavia, pensadores como Nietzsche e na esteira do seu pensamento autores como Adorno e Horkheimer denunciam a crise da modernidade. E com isso a razão que constitui seu fundamento por excelência é constantemente criticada por não ter efetivado a emancipação do homem, mas a contrário *sensu*, contribuiu para sua dominação. A este respeito, torna-se indispensável a referência ao diagnóstico da modernidade realizado pelo alemão Max Weber. Na sociologia weberiana há o inaudito esforço teórico em expor, notadamente, em sua Sociologia da religião, a especificidade do processo de racionalização do ocidente, o qual culmina com o predomínio da racionalidade instrumental, traduzida pelo cálculo, eficiência, burocratização e monetarização, que regula não só a esfera cientifica e econômica, mas também a religião e o direito. Assim, o direito válido será aquele posto pela autoridade estatal e que na seara criminal ter-se-á a hegemonia do modelo punitivo no qual será pautada a atividade do Estado de persecução penal.

única solução à prática delituosa. Em consonância a isso, a pena como resposta ao crime, fica evidente na própria denominação do campo jurídico que se ocupa dele. Demais disso, a punição somente pode ser realizada pela autoridade estatal, sempre como uma imposição, portanto, verticalizada, pois:

> [...] o Estado chama para si a administração da justiça, passando a ser o detentor exclusivo do direito de punir, sendo a punição do delinquente de sua esfera privativa, não mais de competência da vítima [...]. Desta forma o Estado se incumbe da punição daquele que quebra a harmonia [...] Direito de punir se conceitua como poder-dever que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário (JORGE, 2005, p.37-38).

Diante disso, resta claro que a função precípua do sistema criminal, por meio do Direito Penal, é a aplicação da pena a qualquer prática que possa ser tipificada como crime. Em razão disso, o modelo punitivo apresenta uma estreita aproximação com a Criminologia clássica que se afastou da necessidade de investigar a etiologia e a origem do crime, assim como da análise do sujeito criminoso. Para essa vertente criminológica, o cerne do interesse é o crime, entendido como transgressão da norma jurídica posta pelo Estado (JORGE,2005).

Todavia, embora não seja nosso propósito fazer um apanhado histórico do sistema criminal, mas apenas ratificar que a saída estritamente punitiva por meio do Estado é uma novidade do Estado moderno. Em outras culturas jurídicas, como no direito germânico, tal prática não constituía uma realidade. Assim, neste direito, era a vítima que possuía a incumbência de acusar o ofensor, o que tinha por consequência algo análogo a uma ação penal, entretanto, circunscrita a dois sujeitos, vítima e acusado.

Nesse sentido, para o direito germânico a produção probatória tinha por finalidade demonstrar o dano ocorrido para fins de reparação, ainda que com a utilização do recurso da violência. Isto porque, nesse sistema jurídico, tinha-se ainda a privatização da administração da justiça, a qual mais precisamente consistia no direito de punir, uma vez que o agressor era entregue à vítima ou a sua família, o que justificava os procedimentos de *luta* e *transação* como mecanismos de solução de conflitos (JORGE, 2005).

Com efeito, a despeito da punição ser um elemento presente na solução da lide, não era o único recurso utilizado tal como ocorre no modelo punitivo moderno, aliado ao fato de ser monopólio do poder estatal sem participação da vítima ou da comunidade na solução do conflito. De saída, é mister destacar que um dos problemas desse modelo consiste em limitar o direito penal a uma atividade praticamente voltada à aplicação da pena, pois o que há é um sistema binário: pena e medida de segurança. O paradigma em questão, punitivo, não é homogêneo, mas bipartite, resultando em dois submodelos, quais sejam, o retributivo e o preventivo. O primeiro está

ancorado na ideia basilar de retribuição da ofensa por meio da pena, na forma de punição. Nesse sentido, a finalidade última do sistema criminal reside na busca pela punição do sujeito que violou a norma posta pelo poder estatal, logo, que rompeu os liames do contrato social.

Contudo, malgrado a aplicação da punição seja o fio condutor do modelo em destaque não se pode concluir dessa premissa, de forma apressada, que a aplicação de penas desumanas e desproporcionais seja completamente legitimada. A este respeito é imprescindível a referência a Céssare Beccaria[3], o qual foi o precursor na denúncia e opositor das atrocidades praticadas em nome da aplicação da justiça penal humanizada (BARROS, 2008).

Por um lado, se é do interior da mentalidade iluminista que advém a reivindicação por penas mais humanizadas, é nesse mesmo movimento em favor da razão que se encontra a legitimação do modelo retributivo, por meio da teoria absoluta da pena, entendida unicamente como reação ou retribuição ao delito, defendida por Kant. Para este pensador, a pena deveria ser aplicada simplesmente por ser a retribuição adequada ao crime, sem qualquer vinculação a um fim social, ou seja, defendia o uso da pena como um fim em si mesmo ou, nos termos kantianos, a lei penal seria um imperativo categórico, o qual não admite exceção e nem visa qualquer finalidade, como se pode depreender de uma passagem de sua *Metafísica dos Costumes* (KANT, 2003 p.176).

Na perspectiva kantiana, fundamentação filosófica do modelo retributivo, a pena deve ser aplicada ao infrator simplesmente como forma de retribuição ao dano por ele causado, havendo a necessidade da punição ser absolutamente proporcional ao dano. Por esse raciocínio, um crime como o homicídio deveria ter como retribuição a pena capital. Isto porque a ideia era de que a punição não deveria ser útil, mas justa. Logo, à luz da teoria absoluta da pena, a prática punitiva visava a realização do valor absoluto da justiça, razão pela qual deveria ser a exata retribuição do mal praticado.

Considerando o exposto, Câmara (2008, p. 175) enfatiza que é preciso não ignorar o mérito da fórmula retributiva, qual seja, a forte impressão psicológico-social imposta por ela, bem como o limite ao poder punitivo, que deveria restringir-se tão somente ao dano causado, sem levar em conta qualquer outro tipo de juízo subjetivo.

---

[3] Césare Beccaria, iluminista italiano, particularmente do iluminismo penal, autor da obra *Dos delitos e das Penas*. Sendo esta obra considerada a base do direito penal moderno, por esta razão, tornou-se referência imprescindível ao âmbito do Direito Penal. Dentre outras coisas, Beccaria apresentou forte oposição à realidade penal de sua época, marcada por atrocidades tanto no processo de produção de provas, por meio das ordálias, quanto pela execução da pena das maneiras mais cruéis possíveis. Assim, em *Dos delitos e das Penas*, têm-se as proposições que fornecem a estrutura cabal da ordem penal moderna, dentre as quais se destacam: igualdade perante a lei, eliminação da tortura como meio de obtenção de provas, adoção de penas consistentes e proporcionais, abolição da pena de morte e outras prescrições que tinham como *telos* a humanização do Direito Penal.

De todo modo, o autor adverte que não encontra legitimidade em nossa atualidade, na qual é preciso demonstrar não só uma finalidade, mas também um resultado para o ato de punir, algo totalmente estranho à teoria em questão que "põe ênfase exclusivamente, em infligir o castigo que o criminoso merece, remetendo ao oblívio os interesses compensatórios das vítimas de crimes" (CÂMARA, 2008, p. 177).

Em contraposição ao modelo retributivo e para suprir sua lacuna em relação a uma finalidade para a adoção da pena, as teorias utilitaristas ou relativistas apresentam um fim ao direito de punir: evitar a prática de crimes. Assim, tem-se a justificativa para infligir o castigo, que não poderia mais ser admitido como um fim em si mesmo, como defendera Kant.

Para o utilitarismo, é cabal explicar o porquê se pune. O fundamento para punir residiria na possibilidade da prevenção do crime, o que resulta no modelo preventivo, o qual consiste na tentativa de superação do modelo retributivo. Destaca-se que aquele subdivide-se em prevenção geral e especial, que, por sua vez, apresentam-se na forma positiva e negativa, porém, não é o escopo deste trabalho fazer uma análise detalhada dessa vertente, mas somente mostrar sua distinção face ao modelo antes exposto. Demais disso, se no modelo retributivo a referência é Kant, no preventivo, utilitarista, reputa-se a Jeremy Bentham[4].

Nesta perspectiva, a utilidade da pena incidiria na própria pessoa do delinquente o que, em tese, justificaria sua submissão aos castigos físicos. O suposto benefício para o infrator teria o condão de neutralizar os efeitos deletérios da punição. Em suma, o modelo preventivo atribui uma utilidade para a pena, seja para "neutralizar" o suposto agressor pela intimidação (condenação ou ameaça) ou ressocializá-lo por meio da punição.

Todavia, malgrado as distinções existentes entre os modelos retributivo e preventivo, ambos permanecem circunscritos ao paradigma punitivo de solução de conflitos, de modo que não ultrapassam os limites da punição, ainda que utilizada com fins diferentes. Nosso intento é ressaltar que o modelo punitivista está ancorado em uma racionalidade que adota a punição como via única à prática delituosa e cuja premissa básica é a de que o crime é uma lesão ao Estado, especificamente à norma estatal. Ora, como consequência dessa premissa, tem-se outra e que se coaduna ao nosso interesse epistêmico: o fato da vítima não fazer parte do drama penal

[4]Jeremy Bentham entendia que a própria punição já era um mal em si por impingir dor e sofrimento. Nesse sentido, em consonância com o princípio da utilidade, a aplicação da pena, punição, deveria eliminar a retribuição pura, de modo que sua finalidade deveria consistir em prevenir que a infração ocorresse. Em suma, para Bentham, a punição deveria ser suficientemente forte para superar as possíveis vantagens que o agressor poderia obter ao praticar a transgressão. A justificativa para a punição seria a de que por meio dela poder-se-ia obter o bem para a comunidade, ao prevenir a prática delituosa.

e, por consequência, a reparação não constitui elemento central, uma vez que a sanção é a resposta unívoca ao delito.

Reitera-se, então, que o modelo em análise negligencia por completo o respeito aos interesses da vítima, uma vez que a finalidade máxima é a punição do agressor, o que tem se revelado sem efeito na solução dos conflitos. A crise desse paradigma fica evidente, especialmente, quando se constata a discrepância entre o discurso e a prática, ou seja, entre as promessas do modelo e o que efetivamente ele realiza. A realidade fática mostra-nos ostensivamente a total falência do sistema prisional, responsável pela aplicação da punição e, em tese, pela ressocialização do infrator. Logo, conclui-se que o referido modelo não atende aos interesses do infrator, seja no que concerne à prevenção, pois a ocorrência do crime é um fenômeno constante e crescente na sociedade do mesmo modo que é cabal o alto índice de reincidência.

Tampouco contempla os interesses da vítima, já que não se objetiva a reparação, aliado à incipiente ou total ausência de participação da mesma no processo, quase sempre reduzida a objeto probatório. Em razão da crise ou mesmo falência do modelo em questão, surge a necessidade de rever seu fundamento, relação direta entre crime e pena e a adoção da punição.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E UMA NOVA ABORDAGEM SOBRE A VÍTIMA

A contundente crítica ao Sistema Retributivo e ao, seu corolário, o encarceramento do infrator, incide atualmente dentre outros motivos, no total apagamento da vítima ao desconsiderar por completo o seu interesse. No contexto da crise do modelo punitivista, emerge a necessidade de uma forma alternativa de conceber o crime, de repensar a pena e de uma nova compreensão sobre o sistema penal. Essa necessidade encontra-se contemplada no sistema de Justiça Restaurativa.

Ao tratar da Justiça Restaurativa constata-se que na literatura jurídica nacional o tema ainda não adquiriu o destaque que certamente merece, embora já seja reconhecidamente importante. Demais disso, tem-se ainda a tentativa de defini-la em sua amplitude, o que gera uma variedade de definições as quais não são excludentes, mas que se complementam sem, todavia, chegar a um consenso quanto a um significado específico. Para o nosso propósito, adotaremos o que dispõe o artigo 2º, da decisão do Conselho da União Europeia para a criação de uma Rede Europeia de Pontos de Contactos Nacionais para a Justiça Restaurativa, que a define nos seguintes termos:

> Artigo 2º [...]. Refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que **as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infrator é realçada de uma maneira positiva**. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que **a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o infrator constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal** (grifo nosso).

Como fica claro na passagem supracitada, a responsabilidade do infrator é realçada de maneira positiva. Com isso, também se esclarece um certo equívoco difundido sobre o modelo restaurativo, traduzido pela ideia de que haveria a impunidade ou leniência com o infrator. Uma das diferenças basilares em relação ao modelo punitivista é o pressuposto de que o crime gera obrigação para o ofensor, mas, acima de tudo, a reparação do dano sofrido pela vítima. Esta adquire notável prioridade sem, contudo, adotar uma postura punitivista face ao agressor.

Nesse sentido, entende-se então que a Justiça Restaurativa pode ser concebida como um paradigma alternativo de resolução dos conflitos criminais. Não se defende aqui a total exclusão do Sistema Retributivo, mas a adoção do modelo restaurativo de forma alternativa, para o propósito deste trabalho, cujo traço marcante é a inclusão da vítima, do ofensor e, se oportuno, da comunidade. Esse novo modelo procura respostas para o crime, diferentemente do modelo punitivo, cujo malogro pode ser traduzido, dentre outras coisas, pela seletividade do sistema penal, pois que um vasto elenco de tipos penais é direcionado a um público específico, pelas elevadas taxas de criminalidade e, por consequência, em nossa realidade, pela superpopulação carcerária e todos os males que isso acarreta. Desse modo, o cerne da Justiça Restaurativa que nos interessa é o tratamento dispensado à vítima, como esclarece Zehr quando afirma:

> A Justiça Restaurativa se **preocupa em especial com as necessidades das vítimas de atos ilícitos**, aquelas necessidades que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal. **Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal**. Isto acontece em parte devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima. O crime é definido como ato cometido contra o Estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo. (ZEHR, 2012, p. 24, grifo nosso).

Nossa opção por discutir o modelo restaurativo de justiça em um trabalho que aborda abuso incestuoso infantil, parece deixar claro que nossa preocupação não é a criminalização dessa prática abusiva e a punição do pai abusador. Entretanto, não resulta disso que defendamos a impunidade ou que confundamos não–punição com a simples impunidade. Todavia, o destaque concedido à vítima é justificado considerando que se trata de uma criança e da forma de violência da qual foi alvo. De acordo com o trecho citado, para a Justiça Restaurativa o crime não é visto simplesmente como um tipo penal, mas como um ato que efetivamente causou uma lesão, um dano e, muitas vezes, sofrimento a uma pessoa concreta.

Acrescente-se a isso que essa pessoa concreta, a criança vítima, é um sujeito em condições especiais de desenvolvimento. Mais imprescindível ainda é a tentativa de reparação do dano para que ela tenha chances de uma vida adulta minimamente equilibrada, sem contribuir com o ciclo dessa modalidade de violência na forma de mãe omissa, ou melhor, impotente de proteger, de impedir que seus filhos sejam vítimas e assim possa romper com a violência intergeracional.

Somente um modelo de justiça que valorize a vítima pode contribuir para o objetivo que consideramos ser adequado ao Judiciário na efetivação do seu papel em relação à proteção dos direitos das crianças que aqui estamos tratando. De forma bastante didática, Bianchini (2012, p. 83) faz um paralelo, em um quadro comparativo entre os modelos Retributivo e Restaurativo, o qual utilizaremos aqui para ilustrar os efeitos e evidenciar as diferenças entre ambos. Vejamos:

EFEITOS PARA A VÍTIMA	
JUSTIÇA RETRIBUTIVA	**JUSTIÇA RESTAURATIVA**
Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mas sabe o que se passa.	Ocupa o centro do processo com papel e voz ativa. Participa e tem controle do que se passa.
Praticamente nenhuma assistência psicológica, social econômica ou jurídica do Estado.	Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação.
Frustração e ressentimento com o sistema.	Tem ganhos positivos. Suprem-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e da comunidade.

O mesmo autor, Bianchini, faz a mesma comparação, todavia, em relação ao infrator. Essa comparação é interessante porque nos revela que a Justiça Restaurativa, além de valorizar a vítima e voltar-se para a reparação do dano, não negligencia a condição do infrator. Assim, enquanto o Sistema Retributivo, pautado no modelo punitivo, não contempla os interesses da vítima nem do agressor, o modelo restaurativo atende a ambos, como fica claro na forma como trata o último, de acordo com Bianchini (2012, p. 84).

EFEITOS PARA O INFRATOR[5]	
JUSTIÇA RETRIBUTIVA	**JUSTIÇA RESTAURATIVA**

[5] A tabela comparativa sofreu modificações, de modo que não fizemos uma réplica daquela feita pelo autor. É relevante expor o comentário de Bianchini (2012, p. 88) de que Albert Eglash, na década de 50, utilizou-se do termo Justiça Restaurativa em um empreendimento no qual buscava um modelo terapêutico alternativo de reabilitação do infrator. O modelo elaborado por Eglash consistia basicamente na tentativa do agressor obter o perdão de sua vítima e, consequentemente, a redenção dos demais eventualmente atingidos.

Infrator considerado em suas faltas e sua má-formação.	Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências dos delitos.
É desestimulado e mesmo inibido de dialogar com a vítima.	Tem a oportunidade de desculpar-se com a vítima ao sensibilizar-se com ela
Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato.	É inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade.
Comunica-se com o sistema pelo advogado.	Interage com a vítima e com a sociedade.
Não tem suas necessidades consideradas.	Suprem-se suas necessidades.

Considerando os quadros comparativos é possível vislumbrar um sistema de justiça que seja eficaz na interrupção do abuso incestuoso infantil, e que possa garantir a efetivação dos direitos da criança vítima, ao contrário do que em regra ocorre quando o abuso incestuoso resulta em um processo judicial, dado sua lógica intrínseca, e a criança acaba sendo submetida, com frequência, ao processo de revitimização.

O modelo em questão visa não só maior satisfação dos interesses da vítima, como melhor resultado para o agressor, assim como maior pacificação social. O modelo tem sido traduzido pela filosofia dos três R's, que significam: Responsabilidade, Restauração e Reintegração. A este respeito, Bianchini (2012, p. 95) comenta que a Justiça Restaurativa é "uma forma alternativa de tratamento do crime, da finalidade da pena, e de compreensão do sistema penal, envolvendo a vítima, delinquente e comunidade-sociedade para o restabelecimento do equilíbrio social".

Precisamente em virtude do enfoque vitimológico desse trabalho e da defesa de que é necessário insistir na reparação do dano e não só punir o agressor, é que defendemos que se mostra inadequado o Sistema Retributivo para a abordagem dos casos que envolvem abuso incestuoso infantil. A simples punição, como amiúde já foi exposto, não atende aos interesses do infrator, tampouco da vítima. Quando se reputa uma política criminal que englobe a valorização dessa última e a tutela de seus direitos, torna-se imprescindível o alcance da reparação do dano, portanto, que ultrapasse o limite da mera aplicação da punição, pois há que se considerar que:

> A ocorrência de um ato ilícito pode acarretar consequências de variada ordem, com efeitos no âmbito do direito civil e penal, o que faz surgir para o Estado e para a vítima a pretensão de ressarcimento dos danos. Estes, por sua vez, atingem diferentes setores da vida humana (materiais, psicológicos, sociais e morais), daí a imprescindibilidade de se recompor o bem jurídico lesionado pela conduta criminosa (MAZZUTTI, 2012, p. 116)

No que concerne ao ordenamento pátrio, o Código de Processo Penal, em alguns dispositivos, faz menção ao direito da vítima no que se refere ao ressarcimento dos danos[6], cuja finalidade é atender ao anseio indenizatório. Todavia, a despeito de haver uma preocupação legislativa com a reparação, parece indiscutível que isto ainda é muito restrito.

Em acréscimo a isso, esse mesmo instrumento jurídico coloca a vítima em segundo plano, ao passo que o rol de garantias é destinado ao infrator, do mesmo modo que no Direito Penal há o total esquecimento daquela e busca implacável pela adoção da pena, especialmente, da punição. Assim, embora não se desconsiderem alguns avanços recentes na legislação brasileira, entende-se que há muito que avançar quanto à genuína tutela dos direitos da vítima, como corrobora Mazzutti (2012, p. 94), quando defende que:

> Não obstante todo esse arcabouço que envolve o ressarcimento à vítima, a prática demonstra a falibilidade do sistema, conferindo uma gama de garantias aos delinquentes e, em contrapartida, frustrando os direitos da vítima, dentre eles o de ser indenizada pelos prejuízos sofridos.

São precisamente as lacunas deixadas pelo Sistema Retributivo que podem ser supridas pelo modelo restaurativo. Nos casos de abuso incestuoso, a adoção desse modelo constitui a melhor alternativa em razão da valorização e do respeito destinados à vítima. Tendo em vista os principais sujeitos envolvidos no abuso, que na realidade são pai e filha, a mera punição do ato abusivo não resolve o problema da vítima, como de resto não o faz na maioria dos atos delituosos.

No modelo aqui defendido, dentre outros aspectos, o agressor precisa compreender as consequências do ato praticado, entender a complexidade de sua ação e os efeitos que ela provoca no outro. Isto é muito mais importante que a aplicação da punição a qual separa ofensor e ofendido, portanto, não possibilita essa exigência do modelo restaurativo.

Em razão dos vínculos que existem, ou deveriam existir, entre esses sujeitos, é imperioso que o agressor seja instado a desenvolver a empatia pela vítima e que a esta sejam fornecidas as condições, quando for adequado, de expor, manifestar ao ofensor, aquilo que ele lhe causou, pois:

> A Justiça Restaurativa parte do pressuposto de que o crime causa dano à pessoa e aos seus relacionamentos. Não só o agressor e a vítima são afetados, mas toda a comunidade sofre as consequências do ato danoso. [...] **A proposta é a transformação positiva do agressor, que precisa compreender as razões de seus atos e suas consequências. Deve ter a capacidade de entender o que aconteceu**. [...] a aplicação do castigo não é uma estratégia eficaz para a mudança de conduta. Estigmatiza o agressor sem provocar uma reflexão sobre sua conduta, aumentando o fosso que o separa da vítima e da sociedade (DIAS, 2007, p. 44, grifo nosso).

[6] Vide os artigos 125 (sequestro); 134 (hipoteca legal); 136 (arresto de imóvel); 137 (arresto de bens móveis suscetíveis de penhora). Nesses casos, trata-se de medidas assecuratórias.

Assim, destaca-se a abrangência do Sistema Restaurativo, pois, não obstante ser uma abordagem centrada na vítima e, por conseguinte, seu foco ser o dano sofrido considerando a reparação, as consequências causadas, não descura da condição do agressor, assim como envolve a comunidade, como esclarece Zehr (2012, p. 34): "Embora a primeira preocupação deva ser o dano sofrido pela vítima, a expressão 'foco no dano' significa que devemos também nos preocupar com o dano vivenciado pelo ofensor e pela comunidade". Reiteramos, nesta toada, o quanto essa abordagem coaduna-se de maneira especial ao tratamento jurídico dos casos de abuso incestuoso infantil.

É imprescindível considerar os sujeitos envolvidos: pai e filha ligados por vínculos indissolúveis; a vítima é uma criança, pessoa em condição especial de desenvolvimento; uma família que, via de regra, é desestruturada; e a especificidade da violência praticada. O conjunto desses fatores não pode ser negligenciado quando um caso dessa forma de violência adentra no Judiciário, sob pena de se produzirem consequências como revitimização, impunidade e, com isso, a manutenção do abuso, a institucionalização da criança, a mera condenação do agressor e seu encarceramento.

Desta feita, quando atos abusivos são judicializados à luz do formalismo jurídico, do modelo criminal hegemônico pautado na busca pela verdade real para fins de condenação ou absolvição, a complexidade do abuso incestuoso infantil é ignorada, com o risco de sua manifestação cotidiana ser legitimada pelo outro poder, o Estado, que possui o dever de proteger a criança, quando a lei paterna fracassou.

Todavia, para que a Justiça Restaurativa alcance seu objetivo de ser um processo "curativo" e transformador, além de reduzir ou minimizar ocorrências futuras, é forçoso:

> Que as vítimas estejam envolvidas no processo e saiam dele satisfeitas; que os ofensores compreendam como ações afetaram outras pessoas e assumam a responsabilidade por tais ações; que o resultado final do processo ajude a reparar os danos e trate das razões que levaram à ofensa [...]; que vítima e ofensor cheguem a uma sensação de "conclusão" ou "resolução" e sejam reintegrados à comunidade (ZEHR, 2012, p. 49, destaque no original).

A abrangência da Justiça Restaurativa também engloba a preocupação com o fato de que, em determinadas práticas delituosas, para que o agressor possa efetivamente reparar o dano, é necessário compreender não só as consequências, mas também as causas do seu ato. Isto porque, em determinados delitos, a causa remonta a danos sofridos pelo ofensor, quando foi vítima em momento pretérito. Essa é uma realidade frequentemente presente em certos casos de abuso incestuoso, o que configura a violência intergeracional, seja por parte do pai abusador que reproduz a violência sofrida ao abusar da filha, seja em relação à mãe a qual um dia foi vitimizada e encontra-se impotente para defendê-la do abuso do marido.

3 A REPARAÇÃO COMO UMA VIA PARA A RESILIÊNCIA: A JUSTIÇA PODE CONTRIBUIR COM A CRIANÇA ABUSADA?

Inicialmente, destaca-se que nem a Constituição Federal ou lei infraconstitucional condenam o incesto textualmente, pois não há qualquer alusão a este termo ou análogo na legislação nacional. Embora não estejamos defendendo a criação de um tipo penal para essa modalidade de violência, essa ressalva é pertinente tendo em vista que o incesto pode ser tratado juridicamente ou mesmo confundido com outros crimes sexuais, como pode ocorrer com o que está disposto no 217-A[7], do Código Penal, mas que não se confunde com a modalidade de violência objeto desse trabalho.

Ao atuar assim, o Poder Judiciário incorre em sérios equívocos por não compreender a complexidade da prática abusiva, seja na fase processual, na oitiva da criança quando promove sua revitimização, seja na solução da lide ao adotar simplesmente a punição do agressor, quando resta clara sua culpabilidade, sem levar em consideração os danos sofridos pela criança e, assim, não vislumbrar possibilidade de repará-los.

Cumpre salientar que em atenção ao princípio da Proteção Integral, insculpido no Estatuto da Criança e Adolescente, sempre que os pais violarem os direitos fundamentais, notadamente traduzidos por manifestações dessas formas de violências, compete ao Estado atuar de forma que esta seja interrompida e tais direitos sejam garantidos. Sobremaneira nos casos de violência sexual, torna-se indispensável o protagonismo do Poder Judiciário, a fim de interromper a violência, responsabilizar o agressor e promover a restauração dos danos sofridos pela criança.

O presente trabalho possui um enfoque vitimológico, de modo que seu fio condutor é a situação da criança vítima de abuso incestuoso, quando se encontram envolvidos em processos judiciais. Assim, em razão da vitimologia ocupar-se de questões como sentimento de desamparo da vítima e seu alheamento no processo, a Justiça Restaurativa apresenta fortes pontos de convergências com aquela disciplina, por ser uma abordagem que também atenta à situação da vítima.

Nesse modelo de justiça, é possível que a vítima tenha uma probabilidade maior de se reconstruir, recuperar, pois sua finalidade máxima é a restauração por parte do agressor ou mesmo seu autêntico esforço em "consertar" o mal causado. A restauração não está circunscrita à dimensão material ou financeira, de modo que pode alcançar o nível psicológico, simbólico.

---

[7] O estupro de vulnerável pode ser praticado por qualquer pessoa contra alguém menor de 14 (catorze) anos ou portador de enfermidade ou debilidade mental que a impeça de oferecer resistência ao ato. Já o incesto constitui um crime genealógico, ou seja, um crime contra o parentesco, contra a filiação na medida em que barra a possibilidade da criança-vítima constituir-se como filha. Assim, o pai biológico que pratica o incesto não acolhe a criança como sua filha, mas na condição de objeto de satisfação do seu desejo sexual. Isto o tipo penal não alcança.

Restaurar implica, necessariamente, eliminar ou minorar as consequências negativas do ato delituoso. Todavia, para que ocorra a restauração é necessário considerar as necessidades da vítima, o que torna imprescindível sua participação no processo[8] ou de alguém que possa genuinamente defender seus interesses.

De todo modo, a vítima adquire visibilidade, seu sofrimento e suas circunstâncias assumem adquirem importância no processo. Precisamente por isso leva-se em conta, nos programas restaurativos, em relação às partes envolvidas certas circunstâncias de suas personalidades, circunstâncias do delito, vida anterior de ambos, o comportamento assumido após o delito, aspectos da vida pessoal, possibilidades futuras.

Enquanto que para a Justiça Retributiva, a busca pela verdade tem por escopo a reconstrução dos fatos, de forma retrospectiva, para a imputação da culpa e aplicação da pena; na Justiça restaurativa, a fala honesta sobre a experiência concernente à transgressão, os sentimentos decorrentes dessa vivência assumem, para esse modelo de justiça, a possibilidade de o agressor reconhecer as consequências do ato praticado e assumir a responsabilidade pela reparação dos danos.

Em relação à vítima essa fala honesta, veraz, não tem por objetivo servir de elemento probatório para fins de condenação do ofensor. Como se trata de um modelo cujo enfoque é a vítima e a resolução do conflito, a valorização do seu relato representa a oportunidade de expor seus sentimentos, seu sofrimento. (ZEHR,2012).

Em outras palavras, no modelo restaurativo a fala, o diálogo não assume o contorno do depoimento, do testemunho, que poderá concorrer para formar a convicção do julgador no

[8] Quanto ao procedimento adotado pela Justiça Restaurativa, destaca-se que não há uma univocidade, portanto, não há a restrição a um rito solene, ao contrário disso, em razão da flexibilidade desse sistema de justiça, adotam-se alguns procedimentos previstos na Resolução nº 12/2002 da ONU que, em seu art. 1º, elenca: mediação vítima-ofensor, conciliação, reunião familiar ou comunitária e os círculos decisórios. Dentre esses, o mais utilizado é a mediação vítima-ofensor, sendo um dos mais antigos. Também envolve além da vítima e o ofensor, a presença de um terceiro que facilita o diálogo entre as partes mediante o reconhecimento das emoções e dos valores; a conciliação guarda bastante semelhança com a mediação, todavia o papel do terceiro é diretivo, propõe um esboço de acordo e conduz o processo para a resolução do conflito; a reunião familiar ou comunitária envolve além das partes principais, os familiares e amigos de ambos e conta ainda com a presença de um facilitador que acompanha a solução do conflito. Nessa modalidade restaurativa, o nível de participação é mais amplo que nas referidas anteriormente; nos círculos restaurativos tem-se a participação de vítima e ofensor, familiares e amigos e, ainda, a presença de Magistrado, Defensor, Ministério Público e Delegados de Polícia. Os círculos restaurativos visam tanto a restauração, o apoio ao agressor, quanto a prevenção de ocorrências futuras. Esses procedimentos devem ser adotados de acordo com a realidade específica, de modo a verificar-se qual o mais adequado. Todavia, como a Justiça Restaurativa comporta uma certa flexibilidade, podem-se adotar procedimentos mistos, sempre considerando a melhor solução para os envolvidos, pois não há um compromisso com a rigidez processual, o que não significa que não haja preocupação com a segurança jurídica, pois: "No caso dos tribunais, em geral a indicação da prática restaurativa vem depois da instrução e alegações finais e antes da sentença. Nesses casos, o juiz leva o resultado da conferência em consideração ao sentenciar" (ZEHR, 2012, p. 57)

momento de decidir pela inocência ou culpa. Objetiva oportunizar que a vítima se manifeste em um contexto no qual sua vivência do delito poderá adquirir significado, receber reconhecimento, em especial quando essa vivência foi mantida em segredo por muito tempo.

Defendemos que esse elemento abre uma fresta para um dos valores fortemente cultivado no modelo em comento, qual seja, o empoderamento. Este pode ser traduzido pela autodeterminação e autonomia, que é subtraído da vítima em algumas práticas delituosas, como no abuso incestuoso, uma vez que o agressor exerce todo controle sobre a criança, de modo a desconsiderar completamente sua condição de sujeito, do desejo ou de direitos, colocando-a na condição de objeto de satisfação do seu impulso sexual, da sua adicção.

A Justiça Restaurativa, por meio de seus procedimentos, procura devolver esse poder à vítima, quando confere a esta um papel ativo, o lugar central no processo, para determinar suas necessidades. O valor do empoderamento é de suma importância para nosso trabalho, por entendermos que pode se constituir na via para a resiliência da criança vítima do abuso incestuoso, em razão da Justiça Restaurativa destinar sua preocupação para a solução do conflito dos sujeitos envolvidos no delito, de modo a considerar a vítima, possibilitando-lhe a voz, empoderando-a, criando condições de sobrevivência, a despeito do crime. Assim, é possível demarcar um ponto de convergência do modelo restaurativo com o processo de resiliência.

A resiliência é, na verdade, um conceito originário da Física e concerne à propriedade que alguns corpos possuem de retornar à sua forma original após sofrerem algum processo de deformação. Essa categoria passou a ser utilizada nas Ciências Humanas na década de 80, sendo interpretada como a capacidade do indivíduo de resistir e muitas vezes se recompor de fortes traumas.

Resiliência é vista, então, como um conjunto de fatores que possibilitam que um indivíduo consiga reconstruir-se, depois de vivenciar experiências que resultem em sofrimento. Em suma, o resiliente é o sujeito capaz de reconstruir sua vida, desde que algumas condições internas, mas principalmente externas, auxiliem-no durante processo de reconstrução, tal como Cyrulnik afirma:

> Trata-se de um processo, de um conjunto de fenômenos harmonizados em que o sujeito penetra dentro de um contexto afectivo, social e cultural. A resiliência é a arte de navegar nas torrentes. Um trauma empurrou o agredido numa (*sic*) direção para onde gostaria de não ter ido, mas [...] que o enrola e o leva para uma cascata de mortificações, o resiliente tem de [...] lutar para não se deixar arrastar pelo declive natural dos traumatismos [...] **até que uma mão estendida lhe ofereça um recurso exterior, uma instituição social ou cultural que lhe permita sair da situação** (CYRULNIK, 2001, p. 225, grifo nosso)

A passagem supracitada encerra aspecto da resiliência que pertine articular essa categoria com a Justiça Restaurativa; o recurso exterior, que faticamente entendemos ser o papel do Poder Judiciário. Este pode ser a "mão estendida", uma instituição social a qual contribua com o processo de resiliência da criança vítima. Mister que se registre, que a resiliência não significa o apagamento do traumatismo, dos efeitos do dano, mas sua ressignificação.

Do mesmo modo, não se pode concluir que a reparação represente para a vítima, necessariamente, o retorno ao estágio anterior ao delito. Mesmo a ressignificação depende da combinação de atributos pessoais, aliados a fatores externos, o que nos mostra que não há que se alimentar uma visão messiânica acerca da Justiça Restaurativa.

A resiliência não pode ser entendida como uma qualidade, característica fixa do indivíduo. Também não pode ser vista como um mecanismo de resistência ao dano, pois o resiliente sofre, mas possui uma capacidade, ou melhor, uma potencialidade para resistir ou enfrentar o sofrimento, acontecimentos traumáticos e, ainda assim, desenvolver-se e atingir níveis aceitáveis de bem-estar, de saúde física e mental.

Os estudos pioneiros sobre resiliência foram realizados exatamente com crianças que viviam em situação de risco social. No que concerne à resiliência da criança, Cyrunilk (2001) defende que um dos aspectos essenciais é a escuta respeitosa do seu sofrimento.

No caso do abuso incestuoso, a revelação e o crédito atribuído ao relato podem permitir que a criança possa romper o isolamento ocasionado pelo pacto de silêncio e encorajá-la a estabelecer um vínculo de confiança com um adulto protetor. Assim, a referida escuta constitui-se como primordial ao processo de resiliência, como esclarece Cyrulnik:

> Pode perguntar-se por que razão o relato da agressão é tão eficaz. De facto, o agredido sente-se reabilitado ao olhar para aquele que o ouve. Quando o ouvinte manifesta mímica de repugnância, de desespero ou incredulidade, transforma a agressão em traumatismo. Porém, quando partilha a emoção, ressocializa o agredido significando-lhe. [...] **Paradoxalmente**, **é fora da família que este fator de resiliência é mais fácil de encontrar**, pois os próximos, eles mesmos feridos pela agressão da criança, não podem ajudá-la tão facilmente como **um terceiro**. (CYRULNIK, 2001, p.188-189, grifo nosso).

Novamente o autor fornece-nos outro elemento da resiliência que corrobora nossa defesa de que a Justiça Restaurativa pode contribuir com esse processo, pelo respeito dispensado à vítima, por voltar-se para a reparação do dano. Em determinados tipos de delitos, é imperioso que a vítima tenha a oportunidade de expor, narrar sua vivência do acontecido e, exatamente por isso, o diálogo é tão valorizado no modelo restaurativo. Em contrapartida, no modelo punitivo, a fala não é utilizada como um meio para alcançar a verdade; esta deve ser perseguida para fundamentar a decisão pela condenação ou absolvição do agressor. Assim, a fala sequer se

constitui um elemento central quando por parte do agressor alega-se a garantia constitucional do direito de permanecer calado, direito a não autoincriminação.

De outro modo, malgrado um certo desapreço pela prova testemunhal, notadamente em matéria criminal, nos crimes sexuais, esse tipo de prova tem cada vez mais adquirido importância. Todavia, isso é válido quando se refere ao testemunho realizado por adultos. No que concerne às vítimas crianças, não se atingiu a valorização desejável a começar pela forma como são tomadas as oitivas dessas crianças, o que pode acarretar o fenômeno da revitimização e, por consequência, inviabilizar a resiliência, pois:

> O relato da tragédia passa, então, a ser um fator de agravamento ou de resiliência conforme as reacções do ambiente. Quando os juízes condenam a vítima, quando os ouvintes são incrédulos, quando os próximos estão abatidos ou são moralizadores, a resiliência é impedida. Porém, quando o agredido pode partilhar o seu mundo e mesmo transformá-lo em socorro, em militantismo [...] ou em obra de arte, então a criança traumatizada tornar-se-á um adulto reabilitado (CYRUNILK, 2001, p.190).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do Poder Judiciário parece-nos ser incontestável nos casos de abuso incestuoso infantil, dadas as especificidades dessa forma de violência. Isto porque compete ao Estado a proteção e garantia dos direitos da criança e do adolescente elencados no texto constitucional e no Estatuto da criança e do adolescente (ECA).

Assim, quando a família falha em assegurar à criança a proteção que sua condição requer, mais ainda quando o responsável por cuidar, o pai, é o agressor que a submete a um sofrimento que pode comprometer seu desenvolvimento saudável e equilibrado, compete ao Estado, por meio do Poder Judiciário, interromper a violência e constituir-se no terceiro ao qual Cyrulnik (2001) faz referência.

A família é certamente um elemento central no processo de recuperação de um trauma sofrido por uma criança, portanto, um fator exterior da resiliência. Todavia, nos casos de abuso incestuoso, esse recurso está ausente considerando, em regra, à desorganização familiar. A criança vítima do abuso é membro de uma família na qual os papéis não são bem definidos, os laços afetivos estão esgarçados, de modo que o fator de resiliência precisa vir do exterior. E como há violação de direitos, submissão da criança a uma modalidade cruel de violência, o Poder Judiciário desponta como esse fator de resiliência fora da família.

Entretanto, quando o julgamento do pai agressor é realizado pautado no modelo Retributivo, portanto punitivista, o Poder judiciário não desempenha a função que poderia ter face à criança vítima da violência, uma vez que ela será vista tão somente como um objeto probatório para os fins da persecução penal, cuja finalidade última é a punição daquele que viola as normas estatais. Por essa razão, a Justiça Restaurativa se revela mais adequada para abordagem dessa

forma de violência, seja por ser uma forma mais ampla e humanizada de solução de conflitos, seja por respeitar as necessidades dos sujeitos do drama penal, notadamente agressor e vítima. Em razão disso, quando o pacto de silêncio é rompido, o grito por socorro precisa ser ouvido. Contudo, o relato do sofrimento da criança abusada não fará eco, no espaço do formalismo, do rito procedimental o qual busca a verdade real para fins da persecução penal, da aplicação da punição. Esse relato só pode adquirir significado e ser ressignificado em um campo que conceda primazia à vítima e, consequentemente, à reparação, como é contemplado no Justiça Restaurativa, bem como que abra portas e reforce a resiliência.

Diante do exposto, defendemos a necessidade da superação da cultura punitiva, nos limites do que estamos discutindo, totalmente incrustada na mentalidade de parte da sociedade brasileira que pugna por penas mais severas, mas cuja miopia impossibilita de ver que essa não é a saída para a construção de uma sociedade menos violenta. Nas perspectivas acadêmica e jurídica, entendemos que precisamos investir no modelo alternativo ao punitivismo, pelos motivos aludidos, que possam atender aos anseios das vítimas, mas que atue positivamente sobre o agressor para, talvez, evitar ou minimizar ocorrências futuras. Caso a intervenção judicial ocorra de forma adequada, poderá oferecer a possibilidade de reparação do dano sofrido, sendo um dos elementos importantes no processo de resiliência.

No que se reporta ao abuso incestuoso, em matéria de bem jurídico protegido, mais do que a liberdade sexual da criança, o que está em questão é o normal desenvolvimento de sua personalidade. Daí a importância do fomento na resiliência, para que ela não seja mais uma peça na engrenagem da violência intergeracional, na condição de mãe que não consegue proteger o filho contra o abuso, ou mesmo, cúmplice do abusador; mas que, apesar do sofrimento legado pelo abuso, possa tornar-se adulta em condições de fazer escolhas livres tanto em relação ao seu comportamento sexual, quanto ao seu projeto de vida por ter ressignificado seu sofrimento, o que não quer dizer que o tenha apagado da sua vivência.

Por fim, já é tempo de pensar outra abordagem jurídica adequada para o problema em tela. O acesso ao Judiciário precisa ser necessariamente o acesso à justiça, que faça sentido para aqueles que a buscam. Este Poder não pode mais oferecer a impunidade ao agressor, diante do total descrédito no relato da criança vítima, o simples encarceramento do abusador quando resta provado o abuso ou a retirada da criança do lar para institucionalizá-la como a melhor resposta ao seu drama pessoal. Precisamente por isso o modelo restaurativo parece acenar como melhor possibilidade para a abordagem desses casos.

REFERÊNCIAS

BARROS, F. M**. A participação da vítima no processo penal.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.
BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
BIANCHINI, Edgar. H. **Justiça Restaurativa: Um desafio à práxis jurídica**. Campinas: ed. Servanda, 2012.
BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2016.
_____. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.
_____. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
CÂMARA, G. C. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra editora, 2008.
CYRULNIK, B. **Resiliência: essa inaudita capacidade de construção humana**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
DIAS, M.B. **Incesto e o mito da família feliz**. In **Incesto e alienação parental: realidade que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
FORWARD, S., **e** BUCK, C. **A traição da inocência: o incesto e sua devastação**. Tradução: Sérgio Flaksman. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.
JORGE, A. P. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.
KANT, I. **Metafísica dos Costumes**. Bauru, SP: EDIPRO: 2003.
LARA, C. A. S**. A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito. Universidade Federal de Minas Gerais. 2013.
MAZZUTTI, V. B. **O processo penal sob a perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2012.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução nº 12, de 2002. Princípios básicos para a utilização de programa de justiça restaurativa em matéria criminal**. 24 jul. 2002. Disponível em: http:// justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/resoluo-200212- do -conselho-economico-e.html. Acesso em 23 jan.2016.
ZEHR, H. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.