VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

JACYARA FARIAS SOUZA MARQUES

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

FRANCIVALDO GOMES MOURA

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 [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Francivaldo Gomes Moura; Jacyara Farias Souza Marques; Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-492-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Mediação. 3. Conciliação. 4. Arbitragem. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

A história da humanidade está permeada de realidades fáticas que demandaram novas formas consensuais para a resolução de conflitos. Hodiernamente, tal situação se repete e os conflitos emergidos da sociedade conclamam a aplicação desses instrumentais. Neste diapasão, o Grupo de Trabalho – FORMAS CONSENSUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS I – realizado no dia 08 de setembro de 2017 na Universidade do Minho, durante o VII Encontro Internacional do CONPEDI, em Braga Portugal, condensou o debate de temáticas de diversos ramos do direito perpassadas por um viés transdisciplinar que encontra como fio condutor os mecanismos que podem ser manejados para que a prestação jurisdicional se efetive mesmo sem o manejo dos mecanismos coercitivos próprios da seara jurisdicional.

Verificou-se que as diversas áreas do Direito, a saber: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito da Criança e do Adolescente, Direto Empresarial, Direito Tributário, dentre outros ramos, encontram aportes profícuos na Sociologia, Antropologia, Filosofia, cultura, religião, visando a pacificação dos conflitos através da utilização de vertentes da chamada justiça restaurativa.

Variadas temáticas foram abordadas nesse Grupo de Trabalho que ramificavam com outros vieses, como: (i) as constelações sistêmicas e os direitos fundamentais; (ii) mediação intercultural, especialmente, a dos hipossuficientes através de propostas fomentadas pelo Poder Judiciário; (iii) práticas conciliatórias adotadas no Brasil e em Portugal, promovidas pelo Poder Público ou por organizações não-governamentais e (iv) adoção de mecanismos da justiça restaurativa em Tribunal de Contas Brasileiros e nas execuções fiscais promovidas pelo Ministério Público, dentre outros aportes.

Destacam-se as definições específicas dos mecanismos para a solução pacífica dos conflitos, com enfoque as teorias mais aplicadas modernamente, especialmente, àquelas que se correlacionam com a justiça restaurativa. Nesse aspecto, pontuam-se a participação do Poder Judiciário como fomentador/aplicador das técnicas conciliatórias e de mediação, muitas delas oriundas de áreas exógenas, notadamente, às ciências humanas, como mecanismos para um efetivo acesso à justiça.

Outro aspecto determinante que fora tratado nas temáticas abordadas neste Grupo de Trabalho diz respeito a preservação da dignidade da pessoa humana e sua correlação com a autonomia da vontade. Várias pesquisas de campo foram trazidas à baila e apontadas como instrumentos viáveis à efetivação dos direitos fundamentais. Percebeu-se também, que a maioria das situações, para que as técnicas aplicadas resultem aportes satisfatórios, deve existir um inter-relacionamento profícuo com o Poder Público, com o setor privado, e de maneira determinante, com a preservação da cultura dos povos.

Essas discussões que giram em torno das formas consensuais para a solução pacífica dos conflitos não devem encontrar barreiras no direito posto/positivado de cada Estado. Os limites culturais invisíveis devem ser sopesados e ultrapassados respeitando as nuances determinantes da dignidade humana. E as práticas e técnicas estanques, baseadas em teoremas fixos, prontos e acabados não mais se amoldam às novas realidades sociais a serem enfrentadas.

Pensar a solução pacífica dos conflitos é, portanto, buscar realizar uma interpretação teleológica fundamentada na preservação da dignidade da pessoa humana voltada para uma formação humanística e multidisciplinar dos operadores do direito.

Profa. Dra. Jacyara Farias Souza Marques

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga

Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

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

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MODELO JURÍDICO DE PROMOÇÃO DE PROMOÇÃO DE PAZ E RECONCILIAÇÃO: APLICAÇÃO À JUSTIÇA TRANSICIONAL.

THE RESTORATIVE JUSTICE AS A LEGAL MODEL FOR THE PROMOTION OF PEACE AND RECONCILIATION: APPLICATION TO TRANSITIONAL JUSTICE.

Ivana Franciele Machado de Moraes

Resumo

O presente trabalho analisa os limites de conciliação e cooperação entre os modelos de Justiça Restaurativa e de Justiça Transicional, como metodologia utiliza o método dedutivo e o artigo realiza um transcurso crítico pelas abordagens doutrinárias de cada instituto, perquirindo ocorrências fáticas de coexistência dos dois sistemas e tendo por corolário uma alternativa ao modelo de transição calcado nos princípios retribuitivos, que em muitos casos se denotam ineficaz.

Palavras-chave: Justiça restaurativa, Justiça transicional, Soluções de conflitos, Modelo de transição, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the limits of conciliation and cooperation between the Restorative Justice and Transitional Justice models, as the methodology uses the deductive method and the article performs a critical passage through the doctrinal approaches of each institute, investigating factual occurrences of coexistence of the two systems and Having as corollary an alternative to the transition model based on retributive principles, which in many cases are ineffective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Restorative justice, Transitional justice, Conflict resolution, Transition model, Democracy

INTRODUÇÃO

O crescimento da criminalidade no Brasil tem se intensificado a cada ano não obstante a criação de leis penais mais severas, como conseqüência o sistema carcerário tornou-se deficitário, com seus presídios superlotados e inócuos frente ao desígnio da ressocialização do apenado. Diante deste panorama caótico e desalentador torna-se necessário a adoção de novas alternativas ao sistema jurídico tradicional, exsurge neste cenário o direito restaurativo como uma opção viável e profícua.

O direito restaurativo teve suas origens nos países de língua inglesa, mas tem se difundido por todo o mundo, inclusive América Latina, devido ao seu grande sucesso nas soluções de conflitos. Além de representar um baixo custo para os Estados, denota-se como uma grande ferramenta para a solução dos conflitos penais, por não operar apenas com ofensor e vítima, mas para além destes englobando a sociedade atingida pelos atos delituosos.

Trata-se de um marco importante de inovação do direito penal, é uma forma de reparação dos danos causados pelo ofensor, é um diálogo não apenas das partes, mas sim de todas as pessoas que compõem a família das partes, juntamente com o poder judiciário e a comunidade, estando todos na mesma hierarquia buscando a satisfação das partes, a democracia, a paz e a justiça. O direito restaurativo não vem substituir os presídios, porém pode diminuir os números de apenados naqueles lugares, e o mais importante socializar e mudar as pessoas, dando a todos mais uma chance de recomeçar a vida.

Desta mesma feita tem se difundido desde a década de 90 na América Latina outra corrente jurídica que também visa à consolidação dos direitos fundamentais: a justiça de transição.

A justiça de transição se assenta em um conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos, ocorridas no bojo de conflitos armados (guerras civis) ou de regimes totalitários (ditaduras), especialmente: esclarecimento da verdade, mediante Comissões de Verdade e processos judiciais; realização da justiça (responsabilização dos violadores de direitos humanos); reparação de danos às vítimas; reforma dos serviços de segurança; e instituição de espaços de memória.

Ainda que o conceito de justiça de transição seja amplo e de caráter multidisciplinar, para fins do presente estudo foi adotada a concepção jurídica do conceito, formulada por Teitel: *"a Justiça de Transição pode ser definida como uma concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada pelas respostas legais de confrontação as malfeitorias do regime repressor precedente"* (TEITEL, 2003).

Estes dois institutos ainda que aparentem estabelecer um paradoxo; a Justiça de Transição, por seu turno, buscando solucionar uma satisfação penal do passado, buscando culpados dos desaparecimentos e mortes durante a ditadura militar, enquanto a justiça restaurativa tendo um foco no futuro, procurando ver as infrações penais do individuo, buscando e utilizando métodos para satisfação e a socialização do próprio infrator com a vítima e ao mesmo tempo ao meio ao qual ele esta inserido, não são antagônicos e podem sim coexistir em cooperação. O direito restaurativo pode figurar um papel importante no contexto da justiça de transição colocando frente a frente o

ofensor e as famílias das vitimas, ainda que a reparação de danos não seja mais possível, mas em busca de um diálogo entre as partes e a superação desta fase triste na nossa história.

Trata-se do escopo deste trabalho, perquirir e explicitar as possibilidades de conciliação destes dois modelos, apresentando precedentes e vislumbrando possibilidades porvindouras.

Capítulo I – Justiça Restaurativa: diálogo e novas formas de solução de conflitos.

A justiça Restaurativa coloca-se como uma alternativa ao modelo jurídico tradicional e consolidado, em que a justiça é edificada tendo por supedâneo a punição.

No entanto este novo modelo ao invés de propor a eliminação do sistema aplicado, como é defendido pelas correntes abolicionistas que questionam sua legitimidade e apontam seu estágio de crise e saturação, defende a sua remodelação a fim de que a ética restaurativa seja de inclusão e de responsabilidade social. Propõe que se promova o conceito de responsabilidade ativa, que este possa ser um instrumento que conduza a pacificação social e juntamente que faça garantir a dignidade da pessoa humana.

Não há uma definição exata do que seja justiça restaurativa, até por que trata-se de um modelo relativamente novo, ainda em construção, e que não possui um padrão só consolidado. Têm-se apenas variedades de conceitos e princípios típicos que devem ser observados para que se possa afirmar que determinado projeto está situado num contexto restaurativo.

A justiça restaurativa pressupõe dois aspectos centrais, quais sejam: a mudança no procedimento de como se lidar com o crime para que o processo penal não promova a exclusão, mas, pelo contrário, para que ele seja um instrumento de inclusão das partes, sempre atento às garantias e direitos fundamentais; e a alteração dos valores que fundamentam o sistema penal, para que ele não seja conduzido pelo desejo de vingança e retribuição do mal, todavia pelo anseio de reconciliação e reparação. Pressupõe-se que acrescentar um mal a outro mal não o transforma em bem, sendo preferível priorizar um ambiente de reconstrução social.

O modelo restaurativo, em contraposição ao sistema retribuitivo vigente, foca-se no futuro, na medida em que, mais do que investigar os moldes em que o fato ocorreu para então aplicar uma sanção ao ofensor, pesquisa também quais as relações que foram desestabilizadas, os danos causados, e em que medida isto ocorreu, para daí identificar o que pode ser feito para que eles sejam restaurados e desta feita alcançar o reequilíbrio social.

Assim, explora-se o passado, mas sem que isto tenha um fim em si mesmo, pretendendo melhorar o futuro, procurando uma solução para o problema e formas de evitar que os erros se repitam. Nesse sentido, conforme é dito por Howard Zehr que *"ao invés de se definir justiça como retribuição, nós definiremos justiça com restauração. Se o crime é dano, a justiça irá reparar os danos e promover a reparação*." *(ZERH, 2005).*

Com criatividade, podem-se descobrir inúmeras maneiras de se aplicar os procedimentos restaurativos, e ainda que se anteveja que tal procedimento não culminará em um acordo, ainda assim este não poderá ser desconsiderado, tendo-se em vista que a vitima poderá se sentir reparada com o simples fato de ter tido a oportunidade de expressar ao ofensor suas considerações pessoais e ter ouvido dele uma justificativa para seu comportamento, sentindo que este se arrependeu verdadeiramente.

Percebe-se que a justiça restaurativa mostra-se como um modelo pautado, sobretudo, na ética da alteridade, no qual não se visa a simples punição do ofensor. Por meio de um procedimento dialógico, pretende-se alcançar soluções substantivamente

mais justas do que aquelas proporcionadas pelo modelo penal tradicional, em atenção, sempre, á singularidade e complexidade humana, bem como aos direitos e garantias fundamentais.

Elementos fundamentais que regem o conceito da justiça restaurativa.

O primeiro elemento que temos é o elemento social que é o de como o crime é encarado, não como uma mera violação da lei, mas acima de tudo como uma perturbação, uma disfunção das relações humanas. Esta visão implica em uma mudança de paradigma, nos remetendo a uma redefinição do conceito de crime, passando a ser encarado como um ato de uma pessoa contra outra, em vez de um ato contra o Estado. A Tônica é colocada no comportamento anti-social e na brecha aberta nas relações comunitárias.

Já o segundo elemento é o chamado de elemento participativo ou democrático, este é o axioma de todo o conceito, que nos diz que só podemos falar em justiça restaurativa se houver um envolvimento ativo das vitimas, infratores e eventualmente da comunidade.

E como terceiro e ultimo elemento temos o elemento reparador, que permite que nestes processos haja a reparação da vitima diante do infrator. A reparação é vital nos processos restaurativos, porque é a manifestação da aceitação da responsabilidade por parte do ofensor, tentando consertar o prejuízo causado por suas ações, reparando o dano. Para a vítima a reparação é o reconhecimento de que sofreram danos e que isso foi reconhecido pelo ofensor.

Então apesar de ser um paradigma novo, e com os citados elementos, também existe um crescente consenso internacional a respeito de seus princípios, inclusive oficial, em documentos da ONU e da União Europeia, validando e recomendando a Justiça Restaurativa para todos os países.

Estes são os conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa, enunciados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de Agosto de 2002:

- Programa Restaurativo: se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos.
- Processo Restaurativo: significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença.
- Resultado Restaurativo: significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.

Conforme esta Resolução, o processo restaurativo só terá lugar quando o acusado houver assumido a autoria e ela estiver comprovada, sendo vital o livre consentimento tanto da vítima como do infrator, que podem desistir do procedimento a qualquer momento somente sendo válido o acordo restaurativo se consensualmente assentado e que as obrigações assumidas sejam razoáveis e proporcionais.

Na justiça restaurativa observam-se princípios, que se não verificados afetariam diretamente o conceito de justiça restaurativa

Principio do Voluntarismo

O processo restaurativo não deve ser um processo impositivo e unilateral (como é no sistema judicial), deve ser um processo em que as partes sejam cooperantes, tenham uma vontade livre e esclarecida acerca dos seus direitos.

Esse caráter voluntário faz com que o agressor compreenda e se responsabilize pelas conseqüências que a sua conduta produziu, como também o impedir de praticar mais crimes no futuro.

Em nosso ponto de vista, esse é o principio mais importante, apesar de haver quem entenda que os mecanismos restaurativos devam se tornar obrigatórios, como parte integrante do processo criminal. Se assim fosse, não estaríamos buscando uma alternativa, mas sim uma alteração processual! Nem sempre o resultado restaurativo será alcançado, ou seja, será realizado um acordo entre as partes. Não se pode coagir o agressor a assumir a autoria dos fatos, como também celebrar o acordo. Também não faria sentido impor a vítima o contato direto, que ela não quer, com seu agressor, levando a uma vitimização secundaria.

Sendo este principio de grande relevância na Justiça Restaurativa, igualmente traz uma limitação, qual seja que se não possuindo as partes predisposição para discutirem, não alcançarão um acordo.

Principio do Consensualismo

Este elemento envolve a celebração de um acordo, onde se fixam as regras de conduta a serem respeitadas. Esse acordo deve ser equilibrado, deve atribuir benefícios proporcionais para ambas as partes.

Os acordos também devem ser razoáveis. Pormenorizados: devem-se definir claramente os detalhes de quem fará o que, como, quando e durante quanto tempo. Reduzidos a termo e assinados, apesar disto não ser absolutamente imprescindível, isso se revela útil em termos de certeza, garantia jurídica e de segurança interpretativa.

Neste sentido, a Justiça Restaurativa apostando num entendimento com o agressor, permite a vitima a reparação, a reabilitação e uma satisfação moral que lhe permita apaziguar os efeitos psicológicos do crime e recuperação da sua auto-estima.

Principio da Complementaridade

Não será sempre que os mecanismos da Justiça Restaurativa evitarão um processo criminal (quando a pratica de um crime publico chegue ao conhecimento da Policia ou das autoridades judiciarias), mas mesmo assim um processo restaurativo poderá ser vantajoso, pois o agressor poderá reparar extrajudicialmente a vítima, sendo-lhe aplicado, por conseguinte, uma pena de prisão de menor duração.

Mesmo na criminalidade mais grave os mecanismos da Justiça Restaurativa mostram ser viáveis, em complemento com as praticas penais convencionais, como, por

exemplo: em vez de uma pena efetiva de 25 anos de prisão, o argüido pode receber uma pena de 15 anos, desde que tenha se esforçado por reparar a vitima.

Principio da Confidencialidade

Este princípio confere às partes a necessária confiança para, de forma franca e aberta, lidarem com os seus interesses sem constrangimentos, pois caso o processo de mediação fracassar, as declarações não devem poder ser comunicáveis em juízo, por isso, nos debates, as declarações não devem ser reduzidas a escrito, prevalecendo o principio da oralidade, que favorece a expressão dos sentimentos dos envolvidos.

Principio da Celeridade

Inversamente da morosidade que tem qualificado os mecanismos judiciários, a Justiça Restaurativa dá ao problema jurídico uma resposta rápida, célere e eficaz, tal como impõe o próprio sentido de justiça.

Isso leva ao principio da simplicidade dos atos e das formas, evitando procedimentos não necessários ou inúteis, sem que com isso signifique que deixem de existir regras, mas tão só aquelas essenciais para o seu andamento.

Neste sistema são as partes que tendem a controlar a duração do processo, consoante a natureza, o tipo e a complexidade de cada caso, o que nos leva a crer que, mesmo que as partes necessitem de um tempo maior para se entenderem ou chegarem a um acordo, este período de tempo não será maior do que o que levaria na justiça tradicional.

Princípio da Economia

Em alguns casos este princípio não se verificará, pois face a complexidade do caso, o fato do Estado financiar ou não o referido centro, os honorários do pessoal administrativo e executivo, que podem variar muito, este modelo pode não verificar-se tão econômico... Mas, ainda assim, mais em conta do que na forma *tradicional*, consoante o tempo, aos tramites, advogados, custas e até mesmo o ambiente a freqüentar.

Sendo assim, a Justiça Restaurativa traduz-se numa redução de custos tanto para a máquina judiciária (liberando recursos que poderão ser direcionados aos problemas mais graves) como para as partes envolvidas.

Principio da Disciplina

A necessidade de se respeitar a disciplina atinge o agressor e a vítima, também no que se refere a própria execução dos acordos. A ideia de disciplina liga-se a uma estratégia de responsabilização dos sujeitos implicados no processo em causa e favorece a acreditação social desta atividade.

Sem a observação desses princípios interfere diretamente o conceito de justiça restaurativa, assim abaixo analisa os limites e possibilidades de suas aplicações.

Capítulo II — Justiça Restaurativa e Justiça de Transição: limites e possibilidade de conciliação dos modelos

A justiça de transição teve suas primeiras referências nos estudos das relações internacionais, através das transições políticas na América Latina e suas mazelas nas mudanças de regimes governamentais. No entanto o seu conceito foi ampliando-se para abranger os mais diversos processos de transição, principalmente nas ações tomadas após os períodos de conflito, levando em consideração as novas relações individuais-sociais.

Hoje a justiça de transição é conceituada pela ONU como "*o conjunto de mecanismos para tratar o legado histórico da violência dos regimes autoritários. Seus elementos centrais são a verdade e a memória, através do conhecimento dos fatos e do resgate da história*" (ONU, 2011).

Diante da necessidade de atender a este amplo conceito, a justiça transicional precisa servir-se de um conjunto de ferramentas suficientes para uma eficiente reconciliação. E para ser eficiente, deve ousar ir além da cultura de mediação vertical e inquisitorial tradicional. Precisa de uma forma de resolver o conflito com a participação dos envolvidos, sejam eles ofensores, ofendidos, familiares, testemunhas, amigos e tantos outros quanto houver.

Caso contrário, a melindrosa e tênue linha de paz que está estabelecida pode romper-se, tendo em vista que terá o juiz como um ente central, um patamar acima daqueles que se envolveram no conflito.

Ora, os conflitos transicionais geralmente são marcados pelo protagonismo de um grupo dos que se julgam os donos da pátria e por isso estigmatizam e segregam os discordantes.

O tradicional *layout* onde o julgador é posto em degrau superior aos que estão participando da necessária resolução do legado do conflito, retoma a ideia da existência de um superior que se impõe aos demais. Assim, corremos o risco de abrir precedentes para uma nova era de insatisfações sociais. Seria um retrocesso para a perseguida reconstrução social e reconciliação entre ofensores e ofendidos com suas respectivas participações.

A nosso ver, é aqui que nasce uma possibilidade de interface entre as justiças transicionais e restaurativas. Ou, além de uma possibilidade, nasce uma necessidade.

Para os criminólogos, como Salo de Carvalho, a melhor forma de aplicar a Justiça Restaurativa e "*ultrapassar a lógica punitiva implica, pois, assumir que o conflito pertence às pessoas e que as pessoas têm capacidade e maturidade para superar seus problemas e resolver suas querelas*". Se quisermos uma alternativa, temos aqui uma proposta da Justiça Restaurativa para administração de conflitos, merecendo um estudo sobre as contribuições que dela podem irradiar para serem absorvidas pela Justiça de Transição. Então vejamos.

Ainda de acordo com Carvalho, apud Achutti, *"a mediação se instaura, portanto, na qualificação de espaços e ambientes facilitadores"* em conjunto com práticas capazes de garantir a

> (a) formação de uma nova linguagem que interdite a adesão da mediação à lógica estigmatizante do Direito Penal; (b) superação da dicotomia ilícitos civis e penais; e, sobretudo, (c) desprofissionalização – "*não se deve deixar* [a Justiça Restaurativa] *dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela indústria do controle do crime e pela lógica burocrática*" *(Achutti, 2012)* –; e (d) "*participação ativa das partes na resolução dos seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto das suas próprias propostas*" (*Achutti, 2012).* (Carvalho, 2014)

Para a compreensão desta parte conceitual e teórica, precisamos de uma análise da viabilidade de aplicação prática. Para tanto, analisaremos a Justiça Restaurativa e suas práticas enumeradas por Petronella Maria Boonen.

Segundo a estudiosa dos Direitos Humanos, é possível apresentar os elementos que devem ser trabalhados na aplicação da Justiça Restaurativa. Vamos passar a analisar as três técnicas enumeradas pela Doutora.

a) Mediação entre Ofensor e Vítima:

Oferece aos envolvidos uma oportunidade de conhecerem-se dentro de um ambiente seguro e participar de uma discussão ou conversa sobre o conflito.

À vítima é dada a oportunidade de falar ao ofensor sobre os impactos físicos, emocionais e financeiros, assim como de receber uma atenção para evitar uma revitimização dentro do próprio processo. Já o ofensor, pode dar respostas para as perguntas pertinentes, contar sua história e assumir sua responsabilidade.

Ambos participam diretamente no desenvolvimento de um plano de restauração. Os objetivos desta ação são: dar suporte ao processo de restauração da vítima na base do voluntariado; possibilitar ao ofensor conscientizar-se, aprender com o impacto que causou e assumir a responsabilidade direta pelo seu comportamento; oportunizar aos envolvidos o desenvolvimento de um plano mutuamente aceitável, que restaure os danos causados pelo conflito.

b) Conferência do Grupo Familiar:

Aqui se apresenta uma forma que envolve a comunidade de pessoas mais afetadas pelo conflito, tanto pelo lado do ofensor como pelo lado do ofendido, a fim de ver o que pode ser reparado e como.

Todos têm a oportunidade de expressar seus sentimentos e, eventualmente, discutir aprofundadamente sobre os fatos e suas conseqüências. Desta forma, a vítima pode ajudar a delimitar as responsabilidades que serão atribuídas ao ofensor e a outros personagens que podem contribuir para a restauração. O resultado do encontro será um termo assinado pelos participantes, que descreverá as expectativas e compromissos de cada um.

Diferentes situações podem exigir uma relação indireta entre os envolvidos. É o caso em que as vítimas admitem ter contato direto com o ofensor, mas aceitariam uma carta de desculpas, uma compensação ou algum tipo de informação do ofensor.

Os objetivos desta prática são vários e dentre eles podem ser enumerados: oportunizar à vítima envolver-se diretamente nos debates sobre o conflito e nas decisões sobre as atitudes adequadas a serem assumidas pelo ofensor; conscientizar o ofensor das conseqüências do seu comportamento, oferecendo-lhe uma oportunidade de assumir as respectivas responsabilidades; envolver um sistema coletivo de apoio aos envolvidos, através de seus afetos, para influenciar na alteração dos comportamentos futuros.

c) Círculos de Paz:

A terceira técnica da Justiça Restaurativa, nada mais é que um círculo de diálogo para compreensão e restabelecimento do apoio e construção do senso comunitário na resolução de conflitos e reintegração do estado de paz.

É uma avaliação do comportamento ofensivo, mas também um levantamento das necessidades das vítimas, famílias e comunidades dentro do círculo Esta ação deve envolver vítimas, ofensores, família, amigos, operadores do direito e do serviço social e moradores da comunidade interessada, partilhando a percepção de seus sentimentos para uma melhor compreensão da situação.

Juntos buscam identificar o que e como devem ser a restauração e a prevenção de futuros conflitos, tudo construído através do consenso.

Os Círculos de Paz buscam: promover a restauração de todos os afetados; oportunizar ao ofensor se retratar; dar voz e responsabilidade compartilhada nas resoluções construtivas; gerar um sentimento coletivo de capacidade para resolver conflitos, sem necessidade de vingança ou justiça com as próprias mãos.

Por sua vez, a Justiça de Transição envolve uma combinação de estratégias complementares, judiciais e não judiciais, que podem ser elencadas como condições essenciais a compor suas ações de lógicas restaurativas, quais sejam:

a) Garantir o direito à verdade e à memória seja por meio de Comissões da Verdade ou de outras formas de investigar e reconhecer as violações cometidas no passado:

É importante não somente dar amplo conhecimento ao fato de que ocorreram violações dos direitos humanos, mas também que os governos, os cidadãos e os perpetradores reconheçam a injustiça de tais abusos. Conhecendo fatos do passado e tendo compreendido suas causas e conseqüências, torna-se possível estabelecer responsabilidades e educar as novas gerações com base na verdade histórica.

As comissões de verdade dão voz no espaço público às vítimas e seus testemunhos podem contribuir para contestar as mentiras oficiais e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos. Ao demonstrar que as violações dos direitos humanos no passado não constituíram um fenômeno isolado ou atípico, as comissões podem melhorar as opções daqueles que, dentro ou fora de um novo governo,

desejam implementar reformas reais para assegurar o fomento e a proteção dos direitos humanos.

Assim há um sentimento de participação coletiva, onde uma sociedade reconstruída e agora unida pode tomar medidas para punir seus tiranos e amparar suas vítimas. Tal lógica propõe-se a ser uma útil ferramenta de união entre pessoas que até pouco tempo antes estavam em lados opostos, levando-as a reconhecer o real interesse comum para o bem de todos através de uma visão horizontal, e não uma imposição vertical.

b) Honrar e relembrar as vítimas por meio de memoriais, publicações e espaços públicos destinados a homenageá-las:

Manter vivos os fatos que caracterizaram violações aos direitos humanos, as conseqüências que deles derivaram e as atitudes tomadas para repará-los é um meio de homenagear as vítimas e conscientizar a todos de que não podem se repetir. Além disto, atende a um anseio da própria vítima e de seus familiares ao mostrar que o que passaram não foi em vão.

Assim o conflito é trabalhado como algo que elaborou e potencializou uma atual situação positiva, e não um passado que deve ser negado e apagado da história.

c) Promover políticas de reparação para as vítimas, sobreviventes e seus familiares afetados pela violência;

Conforme o direito internacional, os estados têm o dever de fornecer reparações às vítimas de graves violações dos direitos humanos. Essa reparação pode assumir diferentes formas, entre as quais se encontram a ajuda material (p.ex. pagamentos compensatórios, pensões, bolsas de estudos e bolsas), assistência psicológica (p.ex. aconselhamento para lidar com o trauma) e medidas simbólicas (p.ex. monumentos, memoriais e dias de comemoração nacionais).

d) Promover a reforma das instituições do Estado que cometeram os abusos.

Para confrontar as atrocidades em massa é preciso ainda que às vezes esse processo não seja suficiente para punir os perpetradores, estabelecer a verdade sobre as violações e reparar as vítimas. Nesse sentido, é imperioso mudar radicalmente, e em alguns casos dissolver, as instituições responsáveis pelas violações dos direitos humanos.

Destarte, os governos recém estabelecidos são responsáveis, mas as comissões da verdade também têm um papel importante. No geral, elas estão habilitadas para fazer sugestões em seus relatórios finais a respeito das medidas legais, administrativas institucionais que devem ser tomadas para evitar o ressurgimento dos crimes sistemáticos do passado.

Consoantes às Comissões de Verdade, que não resolveu conflitos, apenas apurou as violações aos direitos humanos, os mecanismos de resolução alternativa de conflitos estabelecem-se como contraponto extrajudicial na resolução de conflitos transicionais. Tais procedimentos geralmente são protestados pelo povo, ou seja, pela sociedade

interessada, não necessariamente dependendo de decisões políticas, mas sim um reflexo da vontade coletiva de mudar a mentalidade discriminatória que sustentou o conflito. Para tanto, a interação em espaços públicos, em atividades comuns e em manifestações culturais são fundamentais. Assim a sociedade é mais facilmente curada e prevenida para não ser suscetível a conflitos.

A forma como a Justiça de Transição desenvolve-se em cada país, assim como a forma com que a democracia controe o processo histórico, depende, em grande medida, da correlação de forças entre as classes, que se estabelece no decorrer do processo do antigo regime, para a democracia.

Segundo Tarso Genro, justiça transicional é *"uma resposta concreta às violações sistemáticas ou generalizadas aos direitos humanos"(GENRO,Tarso. 2010).* Seu objetivo é o reconhecimento das vítimas e a promoção das possibilidades de reconciliação e restauração para consolidação democrática. A justiça transicional não é uma forma especial de justiça, mas uma justiça de caráter restaurativo, na qual a sociedade transforma a si mesmo depois de um período de violações generalizada dos direitos humanos. Tal concepção é fundamental para contemplação das liberdades individuais e sociais.

Capítulo III - Construindo a democracia e a paz: uma análise de experiências.

Temos a experiência na África do Sul, como grande exemplo da conciliação entre as duas correntes jurídicas, na qual, após anos de opressão estatal violenta, com o processo transicional permitiu o surgimento de uma sociedade democrática, com a restauração psicológica e a reconciliação social, tendo como principal fator desse processo o fato de se ter optado pela justiça restaurativa como meio de resolver os crimes cometidos pelo regime passado.

Foi estabelecida a Comissão de Verdade e Reconciliação, com os procedimentos baseados na idéia de justiça restaurativa e não retributiva, como uma tentativa de revelar os fatos e de tratar a ferida social em sociedades que emergem de governos totalitários ou de guerras que deixam um rastro de opressão e mentira. A construção da verdade surge como principal aliada na reconstrução nacional, sendo três os principais objetivos, se não vejamos:

- A Verdade: Foi classificada em quatro tipos: a primeira é a verdade factual, busca um amplo relato que compreendia as atividades e as descobertas baseadas em informações factuais e evidências coletadas ou recebidas pela Comissão ou colocadas à sua disposição por órgãos governamentais ou organizações privadas. A segunda é a verdade pessoal, baseada na história individual contada pelas vítimas e pelos perpetradores, dando significado a suas experiências pessoais e, assim, permitindo a restauração da dignidade humana e civil das vítimas, dando a elas a oportunidade de relatar sua versão das violações que sofreram. A terceira é a verdade social ou dialógica, ou seja, a verdade instituída por meio da interação, da discussão e do debate. E, finalmente, a quarta é a verdade restaurativa ou curativa, que requer o reconhecimento e a reprovação moral do passado e a construção de uma nova memória coletiva.

- Perdão e anistia: No processo de anistia, o violador tem de se identificar como culpado e descrever os atos pelos quais acredita que precisa de anistia. Aqueles que requerem anistia por violações mais graves devem participar das audiências públicas e ser questionados pela Comissão e, em alguns casos, pelas vítimas e famílias das vítimas. O requerente tem de assumir a responsabilidade pelos seus atos de maneira específica e individual, ao contrário dos processos de anistia geral. Os anistiados são identificados e impedidos de ocupar posições que lhes permitam repetir a violência. Dessa forma, as vítimas recebem compensação e desistem da vingança e os perpetradores confessam a culpa e são anistiados, fica reforçado o caráter restaurativo da justiça. Os indivíduos desistem do seu direito de retribuição em favor da estabilidade e paz futura. Mas não sem antes ter o devido acesso à verdade e à reprovação moral.

- Reconhecimento e restauração: O objetivo é o de restaurar a dignidade humana e civil das vítimas, dando-lhes a oportunidade de relatar seu sofrimento relativo aos abusos que sofreram e recomendando medidas de reparação. O pressuposto de que as vítimas e suas famílias precisam de atenção e respeito é a base para a justiça restaurativa. A essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa. Práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar que aconteça de novo. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare danos e não seja mais visto como tal.

Nessa senda, nota-se que a justiça possui um conceito mais amplo, indo além da coerção e retribuição para atingir os níveis de dignidade moral e social. A sociedade torna-se parte fundamental no processo, restaurando a dignidade e dando voz às vítimas de injustiça. O acusado é responsabilizado, mas sua punição tem caráter moral, fazendo

com que reflita sobre sua participação e sobre as conseqüências de seus atos. Nem todos se arrependem, mas a confrontação com a vítima e com a conscientização dos danos que causou evita que posturas de negação se sustentem.

Embora em muitos países já se houvesse experimentado Comissões de Verdade, a da África do Sul foi única em sua contingência moral, legal e social. O confronto com o passado foi largamente noticiado pela mídia e as audiências públicas foram acompanhadas em todo o país. Ninguém – vítimas, violadores ou os omissos – deixou de ser envolvido. A Comissão de Verdade encorajou todos os sul-africanos a refletirem sobre os abusos que cometeram, ainda que estivessem fora da jurisdição da Comissão, que trata somente das graves violações aos direitos humanos como assassinatos, estupros e tortura. A Comissão criou ainda um órgão próprio para receber reflexões pessoais de quem desejasse enviar declarações reconhecendo sua responsabilidade direta ou indireta pela opressão do Apartheid.

Igualmente, também como exemplo El Salvador, que mesmo após 17 anos do fim do conflito que dividiu o país, ainda possui grande exclusão social e econômica, bem como a falta de participação política da população. Em 1992, o país aceitou a convocação de uma Comissão da Verdade, porém pouco tempo depois foi aprovada uma lei de auto-anistia, livrando aqueles que houvessem cometido violações de direitos humanos antes ou durante o conflito armado. Diante da falta de vontade política para efetuar a reparação das vítimas do conflito, as entidades de direitos humanos, entre elas o Instituto de Direito Humanos da UCA, decidiram convocar um Tribunal de Justiça Restaurativa, tendo como objetivo "contribuir para o processo de cicatrização das feridas e para construção de um novo tecido social por meio da revelação de uma realidade conhecida pela maioria da população, mas não acatada unanimemente".

Com os testemunhos colhidos, os documentos apresentados, as palavras das vítimas e o relatório pericial, restou claro que as violações foram sistemáticas e massivas, cometidas por agentes do Estado ou por eles toleradas, levando a condenação do Estado salvadorenho e sendo qualificados como crimes contra a humanidade os atos desumanos cometidos contra a população civil, perseguições por motivos políticos, assassinatos, extermínio, deportação entre outros. O Estado de El Salvador, sendo parte da Carta das Nações Unidas na época da Resolução, estava comprometido com "o respeito às obrigações decorrentes dos tratados de outras fontes do Direito Internacional".

Seguindo a orientação da ONU, o Tribunal de Justiça Restaurativa fixou parâmetros de condenação ao Estado, composto não só pelo pagamento de indenização, como também pela verificação dos fatos e divulgação da verdade, assim também com o restabelecimento da dignidade das vítimas e pedidos oficiais de perdão. Além disso, foi incluída uma parcela de indenização individual pela perda do direito de traçar livremente seu projeto de vida, declarando responsabilidade do Estado de El Salvador a reabilitação integral das comunidades e povos devastados pelos massacres examinados, com a finalidade de garantir que não se repitam os mesmos fatos, bem como para que não seja violado o direito à verdade e à história das vítimas de grandes violações de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das analises feitas dos limites de conciliação e a cooperação entre os modelos de Justiça Restaurativa e de Justiça Transicional, concluímos com tratativas tangíveis e congruentes estabelecidas entre elas neste estudo, podemos constatar que ambas se entrelaçam em ideais de escape de um modelo conceitual repreensivo, pós-moderno, promovendo a reformulação das instituições mães, enraizadas em conceitos meramente punitivos e sancionários judicializados, os quais, não permitem e/ou possibilitam medidas preventivas vinculadas ao materialismo histórico nesses novos campos multidisciplinares elencados nos pilares da justiça.

O aludido enlace destes dois modelos de justiça, de transição e restaurativa, se perfaz porquanto um novo modelo de justiça criminal, onde sua primazia se estabelece não somente em uma esfera punitiva, mas em sua essencialidade através do reconhecimento de responsabilidade entre a vítima e aquele que viola os direitos intrínsecos aos seres humanos, seja ele o Estado ou o indivíduo.

Seu principal diferencial é a ênfase na verdade e na responsabilização, em detrimento do mero sentimento de vingança. Em busca da restauração social da sociedade, a punição fica em segundo plano, dando lugar a outra forma de resposta coletiva aos abusos perpetrados por meio de uma justiça restaurativa.

Trata-se fundamentalmente de uma reparação, ainda que simbólica de das violações, responsabilização e reconhecimento das seqüelas físicas, psicológicas e sociais das vítimas e seus familiares. Obtendo-se como eixo a possibilidade de se perfazerem evitadas futuras rupturas aos direitos da humanidade em uma gênese de estruturação do programa de reparações em conformidade normativa.

O exemplo nos dado pela África do Sul e por El Salvador é de que em muitos casos a justiça transicional não só é possível como necessita da aplicação das técnicas restaurativas. É a compreensão de que *"as sociedades devem-se prevenir da recorrência das atrocidades passadas afastando-se, para isto, do efeito corrosivo da mágoa e da vingança."* (PINTO, 2007). Neste sentido as técnicas de justiça restaurativa surgem para revelar os fatos e tratar, em um nível mais profundo, a ferida social em sociedades que emergem de governos totalitários que deixam um rastro de opressão e mentira.

O caráter restaurativo desta justiça de transição é denotado por este caminho consonante, no qual as vítimas recebem compensação e desistem da retribuição e os perpetradores reconhecem a responsabilidade e podem ser perdoados. *"Os indivíduos abdicam do seu direito de retribuição em prol da estabilidade e paz futura. Mas não sem antes ter o devido acesso à verdade e à reprovação moral."* (PINTO, 2007)

No Brasil é visível o empenho para se delinear a Justiça de Transição, tanto em esferas administrativas, quanto legislativas desde a década de 1990. Como exemplos podem se citar a Lei 9.140/95 que estabelece a Comissão Especial de Mortos Desaparecidos, bem como a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado Memórias Reveladas, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República implantado no Arquivo Nacional e a abertura de arquivos desses anos embalados por medo, silêncio, opressão e barbárie.

Não obstante, assim como foi em El Salvador e na Africa do Sul, a resistência de vários setores do Estado Brasileiro, principalmente das Forças Armadas, em revelar as informações de que dispõem, faz crescer a necessidade de uma Justiça transicional profícua, que apure a história como ela verdadeiramente aconteceu sob pena de que no futuro se legitimem novos regimes de exceção sob a égide do passado.

Deflagra-se assim a viabilidade de uma justiça transicional permeada pelos

preceitos restaurativos, denotando-se ainda como alternativa ao sistema transicional posto no Brasil incapaz de desvelar as verdadeiras mazelas da ditadura à sociedade.

REFERÊNCIAS

BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação.** Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10062011-140344/publico/PETRONELA_MARIA_BOONEN.pdf. Acessado em 01 de maio de 2017.

CARVALHO, Salo de. **Sobre as possibilidades de um Modelo Crítico de Justiça Restaurativa**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2014.

GENRO, Tarso. **Direito, Constituição e Transição Democrática no Brasil.** Brasília: Editora Francis, 2010.

GRAMSCI, Antonio. Introducción a la filosofía de la praxis, Selección y traducción de J. Solé-Tura, Nueva Colección Ibérica, Ediciones Península. Disponível: https://marxismocritico.files.wordpress.com/2011/11/introduccion-a-la-filosofia-de-la-praxis.pdf. Acessado em 28 de abril de 2017.

LIMA, Juliana. **A Justiça de Transição como Modelo de Gestão de Conflitos: um Mito Universal?** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27199.pdf. Acessado em 25 de abril de 2017.

MELO, Eduardo Rezende. **Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais.** Disponível em http://www.pucsp.br/nucleodesubjetividade/Textos/justica_restaurativa.pdf. Acessado em 25 de abril de 2017.

PINTO, Simone Martins Rodrigues. **Justiça Transicional na África do Sul: restaurando o passado, construindo o futuro.** Contexto int., Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, Dez. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292007000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=en. Acessado em 13 de abril de 2017.

REÁTEGUI, Félix, coordenação de. **Justiça de transição: manual para a América Latina.** Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf. Acessado em 29 de abril de 2017.

SANDY, Tatiana Tiago. **A Justiça Restaurativa no Sistema Brasileiro de Justiça Criminal.** Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de bacharel em Direito, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto. **O fim das "leis" de auto-anistia.** Disponível em: http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=193. Acessado em 26 de abril de 2017.

VAN ZYL, Paul. **Promoting Transitional Justicein Post-Conflict Societies.** Genebra, 2005. A versão em português foi traduzida e publicada pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça no **"Dossiê: o que é justiça de transição?"** da Revista Anistia Política e Justiça de Transição, 2005.

WAISBERG, Tatiana. **A teoria e prática da Justiça de Transição: Breves comentários.** Revista âmbito jurídico. Disponível em: **http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6259**. Acessado em 26 de abril de 2017.

ZEHR, Howard. **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice.** 3ª edição, Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005.

TEITEL, Ruti G. **Transitional Justice Genealogy.** Disponível em: http://www.hcdh-togo.org/documentation/hcdh-26082011151336-tjgenealogy.pdf. Acessado em: 22 de abril de 2017.