



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 34

Uma abordagem constitucional sobre a Justiça Restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

A constitutional approach on restorative justice in criminal under the recommended Resolution No. 125/2010 of Conselho Nacional de Justiça



UFRGS

Alexandre Ribas de Paulo
Universidade Estadual de Maringá

Gabriela Natacha Alvares Numazawa
Universidade Estadual de Maringá



Uma abordagem constitucional sobre a Justiça Restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

A constitutional approach on restorative justice in criminal under the recommended Resolution No. 125/2010 of Conselho Nacional de Justiça

Alexandre Ribas de Paulo*

Gabriela Natacha Alvares Numazawa**

REFERÊNCIA

PAULO, Alexandre Ribas de; NUMAZAWA, Gabriela Natacha Alvares. Uma abordagem constitucional sobre a Justiça Restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 34, p. 148-161, ago. 2016.

RESUMO

O presente estudo visa analisar a validade da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, sob a ótica da competência constitucional e, também, verificar quais seriam as consequências da aplicação de acordos restaurativos no exercício da jurisdição penal no Brasil. Num primeiro momento comenta-se sobre a Justiça Restaurativa, seus postulados internacionais e sua inserção no Ordenamento Jurídico brasileiro por meio da Resolução nº 125/2010. Em seguida trata-se dos direitos fundamentais e princípios constitucionais pertinentes à reserva legal no âmbito penal e à competência normativa do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, verificam-se as consequências da aplicação prática da Resolução nº 125/2010, do CNJ, no processo penal, concluindo-se que a mesma, por ser norma que não atende os ditames constitucionais, deve ser preterida quando da apreciação de causas penais no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais. Justiça Restaurativa. Mediação Penal. Resolução nº 125/2010-CNJ. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This study aims to examine the validity of Resolution No. 125/2010 of Conselho Nacional de Justiça from the perspective of constitutional competence, and also to check what would be the consequences of the application of restorative agreements in the exercise of criminal jurisdiction in Brazil. At first it is said about Restorative Justice, its international principles and its insertion into the Brazilian legal system through Resolution No. 125/2010. Then it is said about the fundamental rights and constitutional principles relevant to the legal reserve in criminal matters and to the regulatory power of the Conselho Nacional de Justiça. Finally, the consequences of the practical application of the Resolution No. 125/2010-CNJ to criminal proceedings are examined, concluding that, being it a norm that does not meet the constitutional dictates, should it be set aside when assessing criminal causes in Brazil.

KEYWORDS

Fundamental Rights. Restorative Justice. Criminal Mediation; Resolution No. 125/2010-CNJ. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Justiça Restaurativa. 1.1 Noções preliminares acerca da prática da justiça restaurativa. 1.2 Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. 1.3 Resolução nº 125 do Conselho

* Professor Adjunto em regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva (TIDE) na Universidade Estadual de Maringá (UEM), vinculado ao Departamento de Direito Privado e Processual lecionando a matéria de Direito Processual Penal para o Curso de Graduação em Direito. Bacharel em Direito (UFSC/2000), Mestre (PPGD/UFSC/2006) e Doutor (PPGD/UFSC/2011) em Direito, Estado e Sociedade. Pesquisador do Ius Commune - Grupo de Pesquisa Interinstitucional em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFSC) - e do Grupo de Pesquisa intitulado "Efetividade dos Direitos Fundamentais, Soluções Alternativas de Conflitos e Justiça Restaurativa" (CNPq/UEM).

** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pesquisadora PIBIC/CNPq/FA-UEM da Universidade Estadual de Maringá, Brasil.





Nacional de Justiça. 2 Da norma fundamental. 2.1 Dos princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal. 2.2 Processo e procedimento. 2.3 Competência do Conselho Nacional de Justiça. 2.4 Ativismo judicial. 3 A implementação da justiça restaurativa conforme a resolução nº 125 do CNJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho intenta verificar a constitucionalidade da aplicação da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mais especificamente no que tange ao uso dos postulados pertinentes à Justiça Restaurativa no âmbito penal brasileiro.

Isso porque o artigo 7º, § 3º autorizava¹ explicitamente a aplicação da mediação penal e quaisquer outros processos restaurativos na jurisdição penal, desde que em consonância com a competência dos Juizados Especiais Criminais e procedimentos previstos na Resolução nº 2002/12, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (CESONU); que admitia qualquer tipo de processo restaurativo para resolução de conflitos intersubjetivos, incluindo mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios.

Ocorre que a Resolução nº 2002/12, do CESONU, estabelece que os acordos restaurativos possuem o mesmo *status* de qualquer decisão ou julgamento judicial,

impedindo, desta forma, ulterior ação penal acerca de fato já resolvido por via restaurativa, preterindo, assim, o devido processo legal para a realização do *ius puniendi* estatal e instaurando uma causa de extinção de punibilidade não prevista expressamente no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Tendo em vista que o princípio da reserva legal contido no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, permite apenas à União legislar sobre direito penal e processual penal, propõe-se a discussão da validade da Resolução nº 125/2010 - CNJ em relação à aplicação dos postulados da Justiça Restaurativa no âmbito penal no Brasil, pois a criação de institutos extralegais extintivos da punibilidade em infrações penais de menor potencial ofensivo poderia configurar uma usurpação das competências do Poder Legislativo por um órgão destituído de competência normativa em matéria penal, possibilitando que casos não submetidos ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) tivessem registros formais em bancos de dados de prestação jurisdicional penal brasileira.

1 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A denominada Justiça Restaurativa surgiu nos anos 70, do século XX (MCCOLD; WACHTEL, 2013), como sendo um processo de mediação entre vítimas e transgressores. Hodiernamente ampliada, inclui também familiares e amigos destes em círculos restaurativos, apresentando-se como uma alternativa à tradicional – e ineficaz – justiça retributiva, objetivando a reparação dos danos

¹ A Resolução nº 125/2010-CNJ foi alterada substancialmente com a Emenda nº 02, de 08 de março de 2016, cuja redação atual do art. 7º, § 3º excluiu qualquer menção à área penal: “§ 3º Na hipótese de conciliadores, mediadores e Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação credenciadas perante o Poder Judiciário, os tribunais deverão criar e manter cadastro ou aderir ao Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores.” Contudo, como o Anexo I, I, 1.1, “i” ainda mantém a área de atuação em “penal e justiça restaurativa”, os argumentos constitucionais sobre a competência do CNJ para legislar sobre a matéria continuam válidos neste trabalho.





causados às vítimas, à comunidade e a responsabilização efetiva do transgressor, ao invés de submetê-lo ao *ius persecuendi* burocrático, caro, inútil e esclerosado.

Conforme argumenta Howard Zehr (2008, p. 176):

Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração - ao invés de mais violação - deveriam contrabalançar o dano advindo do crime.

A adoção dos postulados da justiça restaurativa como método alternativo de realização da justiça penal foi recomendada, em 24 de julho de 2002, pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social, que em parte de ser preâmbulo pondera as razões de seus princípios:

[...] Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite aos ofensores compreenderem as causas e conseqüências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade, [...]

Com base na Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I – que autoriza a conciliação e transação em casos de infração penal de menor potencial ofensivo nos Juizados Especiais Criminais) (Lei nº 9.099/95) – e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) – que em seus artigos 126 e 112, respectivamente, preveem o instituto da remissão e aplicação de medidas socioeducativas em relação aos atos infracionais –, observa-se que, desde antes da recomendação internacional do CESONU, o Brasil já havia assinalado a possibilidade acordos intersubjetivos como

métodos de resolução de conflitos no âmbito penal e nos casos de adolescentes em conflito com a lei. Contudo, jamais foram editadas leis específicas preconizando os postulados da justiça restaurativa e sua observação perante os processos em andamento no Poder Judiciário.

Não obstante, em 31 de janeiro 2013, o CNJ emendou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 incluindo, em seu artigo 7º, § 3º, a autorização para a implementação de programas de mediação penal e outros processos restaurativos por meio dos Núcleos Permanentes da Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, transformando a Justiça Restaurativa na seara penal em Política Pública no país.

1.1 Noções preliminares acerca da prática da Justiça Restaurativa

A abordagem da Justiça Penal por meio das lentes da Justiça Retributiva é uma realidade consolidada em grande parte do Ocidente a partir da Idade Moderna, quando os Estados Absolutistas enraizaram a ideia de monopólio estatal da justiça, pondo fim a era da vingança privada. O monopólio do *ius puniendi* foi estabelecido quando a infração passou a considerada não um dano cometido por um indivíduo ao outro, mas uma ofensa ao Estado. Assim, segundo o autor, o Estado consolidado se declarou como sendo o protetor da sociedade e, portanto, principal vítima da infração, sendo consequentemente o acusador exclusivo e o único detentor do poder de punir. (Cf. PAULO, 2013, p. 6).

Tratando da construção do paradigma penal na modernidade, explica Michel Foucault (2005, p. 81):

[...] O crime não é algo aparentado com o pecado e com a falta; é algo que danifica a sociedade; é um dano social, uma perturbação, um incômodo para toda sociedade.

Há, por conseguinte, também, uma nova definição





do criminoso. O criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social. Encontramos isso muito claramente em todos esses teóricos como também em Rousseau, que afirma que o criminoso é aquele que rompeu o pacto social. Há identidade entre o crime e a ruptura do pacto social. O criminoso é um inimigo interno. Esta idéia do criminoso como inimigo interno, como indivíduo que no interior da sociedade rompeu o pacto que havia teoricamente estabelecido, é uma definição nova e capital na história da teoria do crime e da penalidade.

Essa definição retributiva ou punitiva da Justiça Penal se configura, na prática, pelo afastamento e marginalização da vítima no processo judicial e a dedicação de toda atenção quase que exclusivamente no transgressor, procurando declarar-lhe a culpa para legitimar a aplicação de uma punição aflitiva referente à transgressão à lei penal.

Na obra “Trocando as Lentes”, seu autor Howard Zehr (2008, p. 65) afirma que, dentro do sistema jurídico, apesar de a gravidade do delito poder variar, o grau de culpa não o pode, ficando, assim, o acusado à mercê de uma avaliação dicotômica simplista, focada, basicamente, na comprovação da ocorrência do delito ou não, ou seja, na culpa ou na inocência do réu. E a justiça, pela abordagem retributiva, será a aplicação da pena correspondente ao crime.

Já a abordagem restaurativa se configura pelo processo que aproxima vítima, comunidade e transgressor visando alcançar, por meio do diálogo, a reparação dos danos causados pela transgressão.

Segundo Zehr (*Idem*, p. 174-5), pelas lentes da Justiça restaurativa o crime não é encarado como uma violação contra o Estado, mas contra indivíduos e relacionamentos, e gera a obrigação de corrigir os erros. A preocupação central, nesta abordagem, será o dano causado e não o apontamento de um culpado.

A justiça, a partir da abordagem restaurativa, seria a minimização dos danos e a

restauração de indivíduos, relacionamentos e estados. A justiça restaurativa teria como objetivo reduzir os impactos das infrações penais na vida dos cidadãos, por meio da resolução de problemas de forma colaborativa, evitando a criação de um novo problema decorrente da relação jurídica *ius puniendi versus ius libertatis*. Em suma, a justiça restaurativa giraria em torno do postulado fundamental de que a infração penal é, antes de tudo, um ato lesivo às pessoas, aos relacionamentos interpessoais, ao próprio ofensor e à sociedade, e de que a justiça será a reparação destas lesões.

Assim, na perspectiva da justiça restaurativa, segundo Zehr (*Idem*, p. 172), o crime não seria primeiramente uma ofensa à sociedade ou ao Estado – como no paradigma da modernidade –, mas a indivíduos. Não obstante, a primeira, e mais importante, lesão que mereceria ser reparada seria aquela causada à vítima, devendo ocorrer, na medida do possível, a possibilidade de reconciliação entre vítima e ofensor, diminuindo ao máximo a hostilidade nessa relação, por meio do arrependimento e do perdão. Da mesma forma, as lesões referentes ao ofensor e à comunidade deverão ser restauradas concomitantemente, como forma de mantê-lo em sociedade, incentivando as pessoas envolvidas a assumirem obrigações de reparação e prevenção de eventos danosos.

Zehr (*Idem*, p. 188) defende a tese de que a identificação e tratamento das necessidades dos transgressores é um elemento de extrema importância à justiça restaurativa. Por meio da identificação e tratamento dessas necessidades reintegrar-se-ia o ofensor e alcançar-se-ia sua efetiva responsabilização pelos danos causados. Ajudar o ofensor é uma das maneiras mais eficazes de prevenir delitos futuros, evitando-se a repetição de problemas intersubjetivos.

1.2 Resolução nº 2002/12 do conselho econômico e social da organização das nações





unidas

A Resolução nº 2002/12 editada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (CESONU), em 24 de julho de 2002, estabelece, nas cinco cláusulas que a compõe, princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, visando estimular o desenvolvimento de programas pertinentes ao assunto por parte dos Estados Membros.

Segundo a Resolução supramencionada, em sua cláusula I, 3., que o processo restaurativo deverá visar “respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender às necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.”.

Também estipula, na cláusula I, como sendo processo restaurativo qualquer processo do qual vítima e ofensor participem ativamente para a resolução ou diminuição dos danos gerados pelo crime vivido pelas pessoas, incluindo mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). (Resolução nº 125/2010 do CNJ).

Esses métodos restaurativos, segundo a Resolução do CESONU, deverão ser efetivados fora do âmbito formal da Justiça estatal oficial, não podendo, portanto, serem confundidos ou substituídos por práticas típicas de procedimentos judiciais estatais; como por exemplo, a audiência preliminar de conciliação

prevista na fase pré-processual dos Juizados Especiais Criminais (art. 73 e 74, da Lei nº 9.099/95).

Caso os métodos adotados fora do âmbito jurisdicional estatal restarem frutíferos, alcançando-se os resultados almejados, o processo restaurativo terá o mesmo *status* de qualquer decisão ou julgamento judicial, impedindo, desta forma, ulterior ação penal acerca do mesmo fato, e perfazendo, desta forma, coisa julgada. Extrai-se das cláusulas II e II da Resolução nº 2002/12 – CESONU:

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

[...]

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente. (Resolução nº 125/2010 do CNJ), (sem grifos no original).

1.3 RESOLUÇÃO Nº 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em 29 de novembro de 2010 o CNJ editou a Resolução nº 125, por meio da qual inseriu novas práticas consensuais obrigatórias de composição de litígios ao ordenamento jurídico





brasileiro, visando promover o acesso efetivo à ordem jurídica justa, incentivo à autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Tal Resolução estipula os critérios para implementação de Política Judiciária de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses. Estipula também a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, responsáveis por promover e desenvolver a política pública almejada; bem como a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores dos órgãos por eles abrangidos.

Segundo o texto original de 2010, a Política Judiciária estabelecida pela Resolução abrangeria apenas as áreas cível, fazendária e de família. Porém, a partir da sua alteração, em 31 de janeiro de 2013, pela Emenda nº 1, as políticas públicas referentes ao acesso à justiça, idealizadas pela Resolução, passaram a abarcar também a esfera criminal.

A Emenda também incluiu às Políticas Judiciárias, em seu artigo 7º, § 3º, os princípios da Justiça Restaurativa, permitindo a promoção de “programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas”.

Desta forma, quando o CNJ abarcou os princípios preconizados pelo CESONU em sua Resolução, determinou que os magistrados – e conciliadores sob suas orientações – promovessem acordos restaurativos entre todos envolvidos em delitos de menor potencial ofensivo, independentemente da natureza da ação penal, indo além das causas passíveis de extinção de punibilidade por intermédio de

conciliação como previsto no artigo 74, da Lei nº 9.099/95, pois incluiria a possibilidade de acordos restaurativos em ações penais públicas incondicionadas como causa extintiva da punibilidade, conforme cláusula III, 15, da Resolução nº 2002/12 do CESONU.

Nessa perspectiva, sendo declarada extinta a punibilidade do suposto autor da infração decorrente de tal acordo, uma vez transitada em julgado essa decisão do Poder Judiciário, restaria impossível o reexame da decisão, pela situação que o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 864) chama de “coisa soberanamente julgada”, que seria “absolutamente inimpugnável”, ou seja, seria uma decisão que não admitiria a revisão *pro societate*.

2 DA NORMA FUNDAMENTAL

Segundo Alexandre de Moraes (2013, p. 6), a Constituição é “a lei fundamental e suprema de um Estado”, isso porque é nela que “buscamos a validade das normas existentes no ordenamento jurídico” (FERRARI, 2004, p. 53). Desta forma, todas as normas produzidas no país devem estar em conformidade com a Constituição Federal, que representa seu fundamento de validade. Conforme indica Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 54), a Constituição é, na verdade, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, e é ela que proporciona a unidade do sistema normativo.

Tendo em vista essa organização jurídica toda baseada e assegurada pela lei fundamental, a Constituição, encontra-se a impossibilidade de as normas inferiores contrariarem as normas superiores, e conseqüentemente a Constituição (FERRARI, 2004, p. 72). Quando isto ocorre, há um conflito dentro do ordenamento, que incorre na inconstitucionalidade da norma inferior. Desta forma, inconstitucional é a situação jurídica em desconformidade com os ditames constitucionais





(SILVA, 2015, p. 48).

Não obstante, levando em consideração o princípio da supremacia constitucional, e a consequente hierarquia das normas dentro de um ordenamento jurídico, infere-se que “toda norma que não estiver de acordo com a Constituição é inválida” (FERRARI, 2004, p.74).

2.1 Dos princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, estabelece o princípio da legalidade, estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Segundo Moraes, o princípio da legalidade é uma garantia constitucional, vez que assegura ao particular a faculdade de “repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da lei” (MORAES, 2013, p. 41).

O princípio da legalidade, então, significa que o particular é livre para agir conforme sua autodeterminação e somente estará obrigado a agir ou abster-se de fazer algo se existir preceito normativo legal regulamentando sua conduta, ou seja, significa a submissão do indivíduo somente à lei. Dessa forma, o princípio da legalidade tem sentido e alcance amplos, podendo inclusive se desmembrar em princípios mais específicos.

É o que acontece com o Princípio da Reserva Legal. Esse princípio, que é desdobramento do princípio da legalidade, é mais restrito e tem seu fundamento no princípio da legalidade. Segundo ele, determinadas matérias só poderão ser apreciadas por lei formal, ou seja, “por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional” (MORAES, 2013, p. 41). Ainda, conforme este princípio, determinadas matérias, devidamente estipuladas pela Constituição, deverão ser

tratadas exclusivamente pelo Poder Legislativo (MORAES, 2013, p. 39).

É o caso do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, que assim estabelece: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]”.

Não obstante, também o artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal, institui: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual; [...]”.

Disto resulta que toda matéria atinente a Direito Penal e Processo Penal, incluindo causas de extinção de punibilidade, só pode ser regulamentado por lei federal² e, no que concerne aos procedimentos, o Distrito Federal e os Estados possuem competência concorrente com a União. De qualquer maneira, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não está elencado na Constituição Federal como órgão legislante em matéria criminal.

2.2 Processo e procedimento

Processo e procedimento são matérias jurídicas diferentes e inconfundíveis. Segundo Humberto Theodoro Junior (2013, p. 64), processo “é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público”. Como também lembra o autor, apesar de ser o principal, o processo não é o único meio de solução de litígio já que “em determinados casos e circunstâncias, permite, a ordem jurídica, a autocomposição (transação entre as próprias partes e a autotutela (legítima defesa ou desforço imediato)” (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 64).

² Convém salientar que a norma prevista no artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal, permite que Lei Complementar autorize os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias reservadas à União.





Já procedimento é a sucessão ordenada dos atos processuais, é a exteriorização e materialização do processo. Segundo Moraes, procedimento é o rito do processo, ou seja, “o modo próprio de desenvolver-se o processo” (THEODORO JUNIOR, 2013, p. 64).

A diferenciação destes termos faz-se extremamente relevante para a análise da Resolução nº 125 do CNJ, pois os artigos 22, inciso I e 24, inciso XI, ambos da Constituição Federal, como visto anteriormente, estabelecem competências distintas para cada matéria. O artigo 22 concede competência privativa à União para legislar sobre matérias penal e processual e o artigo 24 estabelece competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre matéria procedimental.

Desta forma, entendendo-se que a Resolução nº 125 trata de matéria penal e processual penal, tem-se, devido à reserva legal absoluta, a competência, para a sua edição, concedida somente à União. Porém, entendendo-se tratar de matéria procedimental, ter-se-ia a competência legislativa estendida também, de maneira concorrente, aos Estados e ao Distrito Federal.

2.3 Competência do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual concedeu ao órgão “a função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (MORAES, 2013, p. 539), tal qual se pode observar no artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal.

Art. 103-B. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições

que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

O CNJ é órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário, não tendo competência jurisdicional alguma, mas “meramente administrativa”, como pode ser observado em trecho da ementa de Lavra do Ministro César Peluso em relação à Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF, publicada pelo DJ em 07/03/2006:

4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade





administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra r, e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.

Da mesma forma, pode-se inferir, a partir da análise do artigo 103-B, § 4º da CF, que não compete ao CNJ qualquer ato legislativo em âmbito penal e/ou processual penal. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como “competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça o poder normativo primário no âmbito das matérias descritas no § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal” (MORAES, 2013, p. 540), ao declarar a constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05, que trata do nepotismo:

30. Da leitura de ambos os textos, creio que o § 4º, em si mesmo considerado, deixa muito claro a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Daí porque a esse Conselho cabe aferir o cumprimento dos deveres dos juízes e ainda exercer, de parilha com os poderes que lhe forem conferidos pelo Estatuto da Magistratura, aqueles de pronto arrolados pelos incisos de I a VII desse mesmo § 4º.

Apesar de o STF reconhecer o poder normativo primário do CNJ, a competência para tanto se restringe às matérias descritas no § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, o qual não incluíam matérias penal, processual ou procedimental.

2.4 Ativismo judicial

Segundo Carlos Alexandre Azevedo Campos (2004), “o núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório

que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida”. Ou seja, o ativismo judicial é fenômeno em que o Poder Judiciário expande sua atuação para áreas delegadas, a priori, aos outros Poderes.

Não obstante, sustenta o mesmo autor, “ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual” (CAMPOS, 2014). Desta forma, um ato não será considerado abusivo ou inconstitucional simplesmente por se tratar de ato proveniente de uma postura ativa do Judiciário; isso dependerá da análise de cada caso concreto, de acordo com a conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais impostos pela Constituição Federal.

Uma importante dimensão do ativismo judicial é a criação legislativa, que se trata da expansão da atuação do judicial para a área legislativa. Apesar de não se tratar de matéria específica do Judiciário, entende Alexandre de Moraes que também não lhe é proibida, constitucionalmente, esta atuação:

O texto constitucional, apesar de reservar a primazia, não concede monopólio da função normativa ao poder legislativo, e estabelece outras fontes normativas primárias, tanto no executivo (medidas provisórias, decretos autônomos), quanto no judiciário (poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça). (MORAES, 2013. P. 43)

Além da criação legislativa, uma outra importante dimensão do ativismo judicial é a interpretação constitucional que se trata da “interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições” (CAMPOS, 2014).





Desta forma agiu o STF, ao proferir o entendimento, por meio da ADI nº 3.367, de que ao CNJ compete o poder normativo primário acerca das matérias descritas no § 4º, do art. 103-B da CF/88.

O ativismo judicial, respeitando certos limites, é fenômeno salutar para a democracia, tendo em vista a dificuldade que o legislativo muitas vezes demonstra em solucionar as demandas sociais, por interesses, muitas vezes, políticos, causando prejuízo à sociedade. Porém, o novo caminho que o CNJ vem tomando, apesar de fundamentado na teoria do ativismo judicial, pode ser perigoso para a democracia e os direitos fundamentais, vez que, por meio da edição de resoluções administrativas, esse órgão do Judiciário vem promovendo alterações de ordem constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso entende-se que a Resolução nº 125, do CNJ, é uma demonstração do ativismo judicial no Brasil, porém ilegítima, vez que não se encontra de acordo com o entendimento constitucional proferido pelo STF, já que a matéria abordada pela Resolução é de matéria penal e processual penal, e não de matéria descrita no §4º, art. 103-B da CF, sendo, desta forma, um exemplo de ativismo jurisdicional abusivo.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA CONFORME A RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ

Como supra demonstrado, a Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, estipula a implementação da Justiça Restaurativa como meio alternativo de composição de litígios e a consequente extinção da punibilidade em qualquer tipo e ação penal.

Dessa forma, o agora extinto §3º, do artigo 7º, da Resolução nº 125/2010, dado pela Emenda

nº 01, de 31 de janeiro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça – que vigorou até 08 de março de 2016 –, seria inconstitucional desde sua edição, pois permitia consequências jurisdicionais na extinção da punibilidade com o uso de diretrizes internacionais concernentes à Justiça Restaurativa. Isso porque a matéria tratada na Resolução do CNJ, devido à reserva legal constitucional absoluta, somente poderia ser tratada mediante Lei Federal.

Ademais, tendo em vista o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da competência normativa do CNJ, encontrada no artigo 103-B, §4º da Constituição Federal, notou-se uma postura de ativismo judicial expansivo do CNJ, sem que houvesse um órgão imparcial para limitar tal invasão nas competências constitucionais estantes do Poder Legislativo. Desta forma, entende-se que o CNJ adotou postura abusiva ao editar a Resolução nº 125 em relação à Justiça Restaurativa no âmbito penal, pois expandiu o alcance de sua competência normativa em matéria reservada à União.

As consequências da aplicação dos postulados acerca da Justiça Restaurativa no Brasil, consoante preceitos contidos na Resolução 2002/12 do CESONU e abarcados pela Resolução nº 125 do CNJ, incorreria em notável ofensa à Constituição Federal, aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios constitucionais – entre eles do devido processo legal (artigo 5º, Inciso LIV, da CF) – já que, como demonstrado, em vários pontos ela se posicionaria de maneira contrária às normas constitucionais não gozando dessa forma de validade dentro do sistema normativo nacional.

Não obstante, a Resolução do CNJ ao não respeitar o entendimento do STF acerca dos limites de seu poder normativo primário, se sobrepôs a este e, em tese, à própria Constituição Federal, vez que o STF é o guardião da Constituição Federal. Dessa feita, ao assumir, tal postura ativista, tal órgão teria se apossado das





competências dos Poderes da União, especialmente do Legislativo e do próprio Judiciário.

Ainda, a aplicação da Resolução nº 125 do CNJ tinha criado a possibilidade, *contra legem*, de um novo modo de extinção da punibilidade em infrações penais de menor potencial ofensivo, ferindo diretamente o princípio da legalidade na seara penal. Deveras, consubstanciado o acordo intersubjetivo entre os envolvidos em um delito de menor potencial ofensivo na forma do artigo 73 e seguintes da Lei nº 9.099/95, segundo a Resolução do CESONU, deveria ser declarada extinta a punibilidade do suposto autor da infração inclusive em se tratando de ação penal pública incondicionada.

Enfim, tendo em vista a vedação da revisão *pro societate* em matéria criminal, surgiria uma situação atípica e sem solução perante a jurisdição penal brasileira se observados os parâmetros normativos da Resolução 2002/12 do CESONU, pois o Poder Judiciário, ao utilizar métodos restaurativos com a consequente extinção da punibilidade de uma pessoa submetida ao *ius puniendi* estatal, restaria impossibilitada, tal decisão, de ser revista após o trânsito em julgado, porquanto tratar-se-ia de coisa soberanamente julgada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho intentou analisar as consequências da utilização dos postulados internacionais pertinentes à justiça restaurativa no Brasil, tendo como objetos de análise a Resolução nº 125/2010 do CNJ e da Resolução nº 2002/12, do CESONU.

Foi verificado que os preceitos internacionais para a implementação da justiça restaurativa pressupõem a participação de vítimas, ofensores e comunidade para resolução de conflitos intersubjetivos. Deu-se ênfase que

os círculos restaurativos devem ser realizados fora do âmbito jurisdicional penal, que no Ocidente é marcado pela retribuição e controle do corpo do indivíduo pelo Estado, que se declara como vítima principal de todas as infrações penais.

Em seguida, tendo em vista os princípios da legalidade e da reserva legal, comentou-se sobre as competências constitucionais para legislar sobre Direito Penal, processual e procedimental, ficando estabelecido que qualquer assunto atinente à jurisdição penal somente pode ser normatizados pela União (Direito penal e processual) ou, concorrentemente, pela União, Distrito Federal e Estados quando se tratar de “procedimentos”, conforme artigos 22, inciso I e seu parágrafo único e 24, inciso IX, todos da Constituição Federal.

Comentadas, ainda que superficialmente, as diferenças teóricas e práticas sobre processo e procedimento, ficou estabelecido que a matéria tratada na Resolução nº 125/2010 do CNJ, pela Emenda nº 01, de 31 de janeiro de 2013, em relação à implementação dos postulados internacionais da Justiça Restaurativa, foram eminentemente processuais e, também, penais. Como cabe somente a União regulamentar a matéria objeto do presente estudo, ficou patente que o CNJ, em um ato típico de ativismo jurídico, imiscuiu-se em matéria processual e penal sem ter competência legislativa, tornando suas diretrizes da dita Resolução no âmbito penal evidentemente inconstitucionais.

As consequências do uso efetivo dos postulados internacionais da Justiça Restaurativa, conforme a Resolução nº 125/2010 do CNJ, em causas criminais de competência dos Juizados Especiais Criminais poderiam trazer uma aporia à jurisdição brasileira, pois as decisões extintivas de punibilidade em crimes de ação penal pública incondicionada, embora inconstitucionais, uma vez transitadas em





julgado, não poderiam sofrer modificação pelo Poder Judiciário, tendo em vista a “coisa soberanamente julgada”.

Com a última alteração na supradita Resolução – Emenda nº 02, de 08 de março de 2016 –, não há mais menção às causas penais e nem à Justiça Restaurativa em seu texto, mas foi incluída a capacitação de mediadores/conciliadores em tais áreas no Anexo I, I, 1.1, “i”; mas estes, por ora, só poderão atuar se em conformidade com o artigo 73, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.





REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do supremo tribunal federal*. Forense, 07/2014. VitalBook file.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 5.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011.
- MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 de agosto de 2003, Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYy> Acesso em: 30 mar. 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- PAULO, Alexandre Ribas de. *Justiça restaurativa no âmbito dos juizados especiais criminais*. Trabalho apresentado no XXII Encontro Nacional do CONPEDI, Curitiba: UNICURITIBA, 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1592104031ceaa40>> Acesso em: 15 mar. 2014.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido em: 10/03/2016

Aceito em: 16/08/2016

