

JOÃO VITOR COSTA

**JUSTIÇA REPARADORA: posição jurídica e o instrumento  
equitativo**

CURSO DE DIREITO – UNIVERSIDADE EVANGÉLICA DE GOIÁS

2021

JOÃO VITOR COSTA

**JUSTIÇA REPARADORA: posição jurídica e o instrumento equitativo**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Universidade Evangélica de Goiás - UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor M.e Antônio Alves de Carvalho.

ANÁPOLIS – 2021

JOÃO VITOR COSTA

**JUSTIÇA REPARADORA: posição jurídica e o instrumento equitativo**

Anápolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

Banca examinadora

---

---

## RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de abordar sobre a justiça reparadora e o instrumento equitativo. A metodologia utilizada para o presente trabalho foi a de compilação bibliográfica. Desta forma, ele encontra-se dividido didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo aborda acerca da justiça reparadora, trazendo seus principais pontos, partindo de seu conceito aplicação justa do Direito e execução unívoca da justiça. O segundo capítulo encarrega-se abordar sobre a teoria de justiça e a mora processual, apresentando o conceito de justiça cumulativa, legal e distributiva, bem como a insatisfação da população quanto ao Poder Judiciário. Por fim, o terceiro capítulo trata da posição jurídica e do instrumento equitativo, dispendo sobre o instrumento equitativo jurisdicional e o justo cumprimento da pena.

**Palavras-chave:** Justiça Reparadora. Instrumento Equitativo. Poder Judiciário.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I – JUSTIÇA REPARADORA</b> .....	<b>03</b>
1.1 Conceito de Justiça Reparadora .....	03
1.2 Aplicação justa do Direito ao caso concreto .....	07
1.3 Sujeito de direito e a pessoa .....	09
1.4 Execução unívoca da justiça .....	11
<b>CAPÍTULO II – TEORIA DE JUSTIÇA E MORA PROCESSUAL</b> .....	<b>13</b>
2.1 Conceito de justiça cumulativa, legal e distributiva .....	13
2.2 Jurisdição Estatal .....	14
2.3 Teoria da justiça frente à Constituição Federal de 1988 .....	17
2.4 Insatisfação populacional quanto ao Poder Judiciário .....	20
<b>CAPÍTULO III – POSIÇÃO JURÍDICA E O INSTRUMENTO EQUITATIVO</b> .....	<b>23</b>
3.1 Aspectos Gerais .....	23
3.2 Instrumento equitativo jurisdicional .....	26
3.3 O justo cumprimento da pena .....	29
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>34</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a ideia principal de analisar a Justiça Reparadora como forma de instrumento equitativo, abordando-se o posicionamento jurisprudencial. Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática em três capítulos.

O primeiro capítulo apresenta a justiça reparadora, partindo de seu conceito, seguindo para a aplicação justa do Direito ao caso concreto e finalizando com o sujeito de direito e a pessoa, bem como a execução unívoca da justiça.

O segundo capítulo aborda sobre a teoria de justiça e a mora processual, trazendo o conceito de justiça cumulativa legal e distributiva. Posteriormente, aborda-se também sobre a jurisdição estatal, bem como a teoria da justiça frete à Constituição Federal de 1988 e a insatisfação estampada na sociedade quanto ao Poder Judiciário.

Por fim, o terceiro capítulo fomenta acerca a posição jurídica e o instrumento equitativo, dispendo sobre seus aspectos gerais e o instrumento equitativo jurisdicional, finalizando com o justo cumprimento da pena.

Cumprе salientar, que é competência do Estado a jurisdição, isto é, o ramo da ciência jurídica que disciplina a aplicação do Direito ao caso concreto, resguardando assim, a ordem jurídica social. Tendo em vista, que a soberania estatal brasileira anteriormente, era submetida ao império monárquico, que fora progredida pela a justiça privativa, e só posteriormente ao Estado Democrático de

Direito que se perpetuou o monopólio jurisdicional do Estado, sendo explícito através do Poder Judiciário.

Entretanto, torna-se cada vez mais evidente na conjectura atual a insatisfação da comunidade para com a efetiva aplicação do direito material e formal, haja vista, a morosidade dos tramites e formalidades legais, ocasionados primordialmente pelo o aumento exacerbado das demandas judiciárias; as quais demasiadamente poderiam ser resolvidas pelos diálogos entre as partes, viabilizando, portanto, propostas de acordos, cuja finalidade é arguida pela Justiça Restaurativa, uma vez que, a solução do conflito não seria promovida diretamente pelo órgão de justiça criminal, mas por um integrante específico de mediação.

Assim, a pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão projetada, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

## **CAPÍTULO I – JUSTIÇA REPARADORA**

O presente capítulo ocupa-se em apresentar a justiça reparadora, partindo de seu conceito, posteriormente demonstrando a sua aplicação justa do direito ao caso concreto, bem como o sujeito de direito e a pessoa e, por fim, a execução unívoca da Justiça.

### **1.1 Conceito de Justiça Reparadora**

A Justiça Reparadora, também conhecida como Justiça Restaurativa, pode ser conceituada como modelo jurídico-penal que preza pela resolução de conflitos vindos de uma infração penal, em que envolve diretamente o infrator, a vítima e a sociedade. Esta justiça é constituída através de um processo voluntário com o uso de técnicas de mediação, conciliação e transação que busquem o resultado de reparação/restauração.

A Justiça Reparadora possui como principal função a conscientização do infrator, visando ainda a restauração de seu convívio no meio social, buscando o não cometimento de novos ou iguais crimes. Quando se tem a observação do ato ilícito cometido é sempre preferível que haja a restauração, buscando um acordo através da assunção da responsabilidade do infrator com a intenção de reabilitá-lo e possuir um resultado positivo – caso necessário com fins terapêuticos.

Desta forma, os verbos a serem utilizados para designar a Justiça Reparadora são: restaurar, reconstruir e reconstituir a relação do indivíduo com a sociedade, uma vez que essa relação foi quebrada quando da infração da lei. De acordo com Howard Zehr “o termo Justiça Reparadora abarca diversos programas e práticas, no entanto, deve ser compreendida como conjunto de princípios norteadores para o Direito Penal” (2012, p. 95).

De acordo com Jorge Trindade (2010) as práticas de ressocialização/reparadoras perduram desde a Grécia Antiga, passando a possuir a forma contemporânea a partir do século XX dos Estados Unidos da América. Era um meio onde os operadores da estrada de ferro buscavam solucionar seus conflitos. Assim, a ideia de restauração alcançou o comércio e as vilas. Outro exemplo de onde é possível encontrar traços de restauração, são nas tribos indígenas que tiveram suas práticas ancestrais incorporadas na aplicação da justiça em algumas localidades, como por exemplo, no Canadá (ROBALO, 2012).

O objetivo concreto da reparação é reparar o dano de forma que ele passe a não existir, pois nenhuma das partes deve se sentir injustiçada. Desta forma, assevera Valéria de Souza Link (2008, p. 13):

O aumento da violência no cenário mundial e a insuficiência do paradigma punitivo, centrado na estrutura crime-pena aflitiva (“mal” necessário), na exclusão social e estigmatização do réu – pela ambivalência criminoso e cidadão do bem –, na desconsideração ou minimização do papel da vítima no processo de solução de conflitos em matéria penal, na concepção estrita do crime como transgressão à norma, contribuíram para a busca de medidas de combate à criminalidade alternativas à prisão, como a reparação e trabalhos de interesse geral, avançando para programas de justiça restaurativa – lastreada em premissas, princípios e efeitos próprios que se pretendem diversos do modelo punitivo.

A busca pela resolução de conflitos faz com que a justiça seja aplicada em moldes da democracia, restaurando a paz comunitária e incentivando à não reincidência. Sobre essa afirmativa, Andreia Teixeira Moret Pacheco (2012, p. 21) dispõe:

A finalidade da justiça restaurativa é consertar, reparar o futuro, restaurando relacionamentos, especialmente, entre a vítima, o agressor e a comunidade, visando, ainda, prevenir a ocorrência de novos delitos. [...] a justiça restaurativa busca equilibrar o atendimento às necessidades, não só da vítima e da comunidade, mas também a necessidade da reintegração do vitimário à sociedade. Tem, por primordial finalidade, que todas as partes participem do processo de justiça de maneira produtiva.

Diante disso, a Justiça Reparadora disponibiliza que os envolvidos no ato estejam diretamente relacionados ao momento da reconstrução, vez que o indivíduo que rompe a ligação com o Estado através de um ato ilícito deve reparar o erro que

cometeu. Desta maneira Teresa L. de G. de A. e Souza Robalo (2012, p. 27) assegura:

Justiça restaurativa consiste no processo que coloca frente a frente as vítimas e os agentes dos crimes, para que estes sejam informados do crime praticado e da vitimização, aprendendo com os backgrounds uns dos outros e para que, em conjunto, se atinja um acordo sobre a “pena” a aplicar ou a “sanção de justiça restaurativa”. A justiça restaurativa devolve o conflito criminal às vítimas e aos agentes dando-lhes o poder de formular juízos sancionatórios conjuntamente.

Com a aplicação da Justiça Reparadora, tem-se a desvinculação da figura do juiz, o qual estipularia uma pena. Neste instituto ele possibilita que os envolvidos interajam entre si e possuem autonomia de escolher o melhor para suas vidas, proporcionando uma chance para o infrator concertar o que cometeu contra a vítima, fazendo algo à ela ou à sociedade, em que pese, melhor do que cumprir sua pena no sistema penitenciário.

A justiça restaurativa pode ser entendida como um modelo criminológico de resolução de conflitos da área penal, que possui como base maior a conciliação e a intermediação entre o infrator e vítima, colocando em enfoque as instâncias civis e a própria sociedade como mediadoras (SANTOS, 2013).

Esse pensamento é baseado na Resolução nº 12 de 2002 da Organização das Nações Unidas, que assegura que a Justiça Reparadora é feita durante o processo restaurativo do infrator. Além de ter o intuito de restaurar o indivíduo, a Justiça Reparadora busca evitar novos delitos, uma vez que o infrator necessita ter consciência de seus erros. Com isso,

[...] notadamente no que se prende à definição da justiça restaurativa como uma “nova” forma de se solucionarem os conflitos de natureza criminal onde, antes de mais, o que se pretende é o encontro entre a vítima e o agente [...] para que, por um lado, sejam atingidas as finalidades de prevenção especial positiva, ou seja, para que o agente possa daí colher os devidos ensinamentos para o futuro, com um provável arrependimento pelos actos cometidos ao se aperceber das suas consequências para a vítima e, por outro lado, para que esta última tenha a possibilidade de se exprimir e, assim, vocalizar as suas mágoas e angústias e, quiçá, a sua vontade de demonstrar ao agente o mal que este lhe causou (ROBALO, 2012, p. 29).

A necessidade de ter um julgamento com base no acordo entre os envolvidos vem da questão da conscientização do indivíduo, uma vez que, caso fosse julgado de forma comum, ele apenas cumpriria sua pena e não tiraria nenhuma lição do acontecido. Desta maneira a Justiça Reparadora busca a solução do caso concreto, “porque o delito consiste em um problema que impacta, sobretudo a vítima e a sociedade, os quais precisariam ser legitimamente restaurados após os prejuízos sofridos” (SANTOS. 2013, p. 44).

Seguindo a mesma forma de pensar, Andreia Teixeira Moret Pacheco aponta (2012, p. 23):

Para a justiça restaurativa o crime ou o ato violento causa dano às pessoas e aos relacionamentos. Portanto, compreende-se que não só à vítima e o agressor são afetados, mas toda a comunidade. O direcionamento é dado para as necessidades que surgem a partir do ato lesivo. [...] a justiça restaurativa se destaca no cenário internacional, como uma forma de resolução de conflitos, onde a vítima e o ofensor protagonizam o processo. Surge como uma resposta à pequena atenção dada à vítima e em contrapartida como forma de ressocializar o ofensor, que em razão da falência do sistema penal tradicional, sai do presídio pior do que entrou, além de estar estigmatizado e etiquetado para sempre pela experiência do cárcere.

A principal característica da Justiça Reparadora é a conciliação, vez que ela para de procurar um culpado para o ocorrido e passa a procurar a solução do conflito através de um acordo concensual. Com o encontro das partes envolvidas, um olhará para o outro e poderá haver o arrependimento dos atos, não possibilitando a reincidência do infrator.

Os principais elementos da Justiça Reparadora, de acordo com Teresa L. de G. de A. e Souza Robalo (2012, p. 28) são:

[...] um modelo informal de mediação ou de intervenção comunitária no conflito vítima/agente, com vista a estabelecer a responsabilização pela ofensa, a mútua compreensão das suas causas e das suas consequências e a concretizar um processo de reparação dos danos causados, eventualmente um pedido de perdão e, se possível, a reconciliação/pacificação triangular agente, vítima, comunidade e, desta feita, restaurar os vínculos sociais deteriorados pela conduta criminosa.

No mesmo sentido, Andréia Teixeira Moret Pacheco diz que existem alguns valores que alicerçam a Justiça Reparadora, a saber:

É importante mencionarmos os valores que alicerçam a justiça restaurativa, que são: participação, respeito, verdade, responsabilidade, voluntariedade, reparação e reintegração. Não se pode deixar de mencionar que esse tipo de justiça guarda íntima relação com os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima que informam o direito penal. [...] A justiça restaurativa tem como finalidade o resgate das relações interpessoais de maneira pacífica no ambiente atingido pelo crime, os envolvidos se reúnem com uma terceira pessoa – o facilitador –, para dialogarem sobre o crime e suas consequências. (PACHECO, 2012, p.25 - 26).

A reparação proporcionada não é apenas do meio material ou físico, abrange também o meio emocional e todos outros meios que estiverem vinculados ao ato em si. A resolução do conflito parte para uma vertente em que se busca resolver todo e qualquer problema menor que venha surgir a partir do problema maior, abrangendo o que a justiça pode e o que ela não pode solucionar.

Nos casos em que há a Justiça Reparadora, não existe vingança, pois o conflito está sendo resolvido com humanidade, trazendo o melhor resultado para todos os envolvidos. Assim:

[...] as práticas restaurativas não são uma forma primitiva de realização de justiça, nem mesmo se equivalem à justiça pública “oficial”, visto que pressupõem um modelo consensual de resolução de controvérsias, em uma perspectiva menos punitiva, mais equilibrada e humana. Isso porque o crime deixa de ser concebido enquanto ofensa a um bem jurídico pelo desatendimento de uma norma abstratamente veiculada (ou seja, enquanto infração estatal decorrente de violação da lei), para traduzir-se em um ruptura do relacionamento entre os sujeitos (OLIVEIRA, 2012, p. 62).

Por fim, pode-se definir a Justiça Reparadora como o processo em que o Estado visa diminuir a aplicação das penas, resolvendo os problemas de forma mais efetiva, abrangendo os membros da coletividade que foram afetados pela infração criminosa.

## **1.2Aplicação Justa do Direito ao caso concreto**

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que as normas passaram a ser mais rigorosas no sentido de sua aplicação, analisando o interesse de

todos, não somente o de um grupo social e muito menos a aceitação da justiça com as próprias mãos para efetivação da sanção jurídica.

A mudança ocorrida através do princípio da dignidade da pessoa humana traz destaque à interpretação do aplicador das normas jurídicas, uma vez que ele sempre cobrará que os conflitos sejam resolvidos de forma justa e adequada. Porém, não é uma tarefa fácil, vez que a natureza das normas pode ser genérica e abstrata, deixando brechas para possíveis posicionamentos em relação ao caso concreto, devendo estes estarem diretamente adequados a realidade social.

No Direito arcaico, o preenchimento dessas brechas era baseado nas crenças, repetindo o sobrenatural. No Direito Moderno tem-se a interpretação e adequação dos elementos trazidos pela própria legislação, pelos costumes e princípios do direito.

É necessário encontrar solução para os conflitos mesmo que eles não estejam previstos em lei, com base no princípio da inafastabilidade jurisdicional, ou seja, a jurisdição quando provocada, deve obrigatoriamente apresentar uma solução para a causa, sendo que não poderá deixar de julgar por não haver uma lei abordando acerca desta causa. Isso vale para as leis que não deixam claro o que realmente pretende, a saber:

Sem dúvida, quando a frase não é precisa, lúcida, escorreita, aumenta a necessidade de exegese, e aí brilha em todo o fulgor o talento do hermeneuta; porém a parte mais nobre e mais fecunda de sua arte de investigar é a que examina as leis não defeituosas (não obscuras, nem ambíguas), estuda as normas em conjunto, na variedade de suas relações e na riqueza de seus desenvolvimentos. É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais [...] (MAXIMILIANO, 2010, p. 32).

Interpretar vai além de uma questão gramatical, “para o conseguir se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão” (MAXIMILIANO, 2010, p. 1).

Deste modo é possível perceber que a interpretação jurídica é mais complexa do que a interpretação comum, pois “ o magistrado, além de conhecer os

fatos, precisa conhecer o Direito, para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis”. E ainda complementa Paulo Nader que o Direito “é uma atividade que tem por escopo levar ao espírito o conhecimento pleno das expressões normativas, a fim de aplicá-las às relações sociais” (NADER, 2009, p. 263)

### 1.3 Sujeito de direito e a pessoa

Existem vertentes que indicam que pessoa e sujeito de direito são sinônimos, pensamento este que não merece prosperar, tendo em vista que o entendimento de sujeito de direito precede o de pessoa, sendo que ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Neste sentido, Marcos Bernardes de Mello:

Sujeito de direito é todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica (= capacidade de direito) e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou de situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (= ser autor, réu, embargante, oponente, assistente ou, apenas, recorrente), ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica. (2013, p. 142).

Ser sujeito de direito possui uma análise mais ampla do que de pessoa, pois toda pessoa é sujeito de direito mas nem todo sujeito de direito é pessoa. Desta forma, o sujeito de direito é o que está à frente das relações jurídicas, assim dispõe Pontes de Miranda:

O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia. A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação. Outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito (1974, p. 153).

Ser pessoa é ser sujeito de direito em plenitude, com capacidade de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos. Ser pessoa jurídica é ser pessoa capacitada para realização de determinada finalidade ou que resulte da afetação de um patrimônio para fim específico, diferenciando o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem ou dirigem (LÔBO, 2019).

São pessoas, além dos seres humanos, alguns entes criados e estipulados pela lei, chamados de pessoas jurídicas. O contexto de pessoas é grande, não tendo possibilidade de levar em conta a existência de outras pessoas senão as naturais e as que estejam previstas em lei (LÔBO, 2019).

O ordenamento jurídico brasileiro possui vários sujeitos de direito, podendo exemplificar: sociedade não personificada e sociedade irregular, massa falida, espólio, heranças jacente e vacante, condomínios, nascituro e nondumconceptus. Eles são figuras que se denominam assim pela transitoriedade e que vêm em um contexto de precisão de oferecer segurança às relações jurídicas.

Ao contrário das pessoas, que, em regra, podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíba, os sujeitos de direito têm seu campo de ação mais restrito, limitado às pretensões e obrigações adequadas às suas especificidades. A personalidade, portanto, é eficácia de determinado fato jurídico, se caracterizando por ser uma imputação do direito ao indivíduo (MELLO, 2013, p. 156).

Ainda, vale salientar que a perspectiva jusnaturalista atinge o ser humano como a própria razão de ser do direito, dispondo a personalidade como uma característica fixa da pessoa física. A saber:

Apesar dos entendimentos majoritários enxergarem uma parcela dos direitos como inatos, defende-se que o sistema de criação normativo é edificado pelas vivências humanas e pela valorização de alguns padrões comportamentais, suscetíveis de posituação e tutela, conforme a teoria do tridimensionalismo. Assim, o direito não deve ser visto como algo “inato” e sim, como um fruto das ações humanas construídas racionalmente, através das suas interações cotidianas. O direito de personalidade é um reflexo dos valores de maior valia, positivados em um determinado marco civilizatório e suscetíveis de mutação diante da modificação da vivência, reformulação dos ideais e dos valores constitutivos da pessoa enquanto ser individual e coletivo, tendo em vista as trocas de saberes relacionais. (SOUSA; MELLO, 2019, p. 137).

Deste modo, caracterizar a personalidade como um atributo jurídico não quer parecer que o legislador tem ampla liberdade de julgar da forma que bem entender, instituindo ou destituindo personalidades, principalmente em relação ao ser humano.

## 1.4 Execução unívoca da Justiça

A questão da execução unívoca da justiça diz respeito, de acordo com a filosofia, que, aplicado a coisas distintas, permanece com o mesmo significado. Cada filósofo possui uma concepção de justiça, e isso leva a acreditar que a justiça é mutável, ou seja, age de acordo com o caso concreto.

De acordo com os Sofistas, a lei é um dado convencional, afirmando-se que o homem é a medida de todas as coisas. Desta forma, o homem é o princípio e a causa de si mesmo. Deste modo, a justiça, seja moral ou política, é puramente convencional, sem base natural. Assim, Eduardo Bittar (2015, p. 129) assevera:

Isso porque, no debate entre o prevalecimento da natureza das leis (phýsis) e o prevalecimento da arbitrariedade das leis (nómos), os sofistas optaram, em geral, pela segunda hipótese, sobretudo os partidários das teses históricas acerca da evolução humana; a lei (nómos) seria responsável pela libertação humana dos laços da barbárie. Isso porque, coerentemente com seus princípios, diziam ser o homem o princípio e a causa de si mesmo, e não a natureza. Ora, deliberar sobre qual será o conteúdo das leis é atividade preponderantemente humana, e nisso não há nenhuma intervenção da natureza, como admitido pela tradição literária e filosófica grega. A natureza (phýsis) faria com que as leis fossem idênticas em todas as partes, tendo-se em vista que o fogo arde em todas as partes da mesma forma, como posteriormente dirá Aristóteles. No entanto, pelo contrário, o que se vê é que homens de culturas diferentes vivem legislações e valores jurídicos diferentes, na medida em que se encontra em seu poder definir o que é o justo e o que é o injusto.

Eduardo Bittar ainda dispõe acerca da concepção de Sócrates em relação à justiça, dispondo que o conhecimento reside no próprio interior do homem. E continua:

Conhecendo-se a si mesmo, pode-se conhecer melhor o mundo (gnoûte autós, grego; nosce te ipsum, latim). A isso se adiciona o fato de Sócrates ter vislumbrado na linguagem um grande manancial de dúvidas que gerou o fulcro da necessidade de depuração lógico-semântica do que se diz, o que era exercitado em praça pública, com discípulos ou terceiros, por meio da parturição discursiva das ideias. [...] Em primeiro lugar, ética significa conhecimento, tendo-se em vista que, ao praticar o mal, crê-se praticar algo que leve à felicidade, e, normalmente, esse juízo é falseado por impressões e aparências puramente externas.<sup>11</sup> Para saber julgar acerca do bem e do mal, é necessário conhecimento, este sim verdadeira sabedoria e discernimento (2015, p. 136).

Já ligado ao pensamento de Platão, Eduardo Bittar dispõe que “a admissão de uma Realidade (divina) para além da realidade (humana), importa

também, a admissão de que existe uma Justiça (divina) para além daquela conhecida e praticada pelos homens.” (2015, p. 156). Desta forma, Platão propõe a criação de um Estado ideal a fim de acabarem com as falhas da justiça humana:

O Estado Ideal platônico descrito sistematicamente na República é apenas meio para a realização da justiça. De fato, porém, esse Estado não existe na Terra, e sim no Além, como modelo a se inspirar (Rep., 592). Nesse Estado, a Constituição (politeia) é apenas instrumento da justiça, pois estabelece uma ordem jurídica. De qualquer forma, para Platão, o Estado Ideal deve ser liderado não por muitos (democracia), uma vez que a multidão não sabe governar, mas por um único (teocracia), o filósofo, o sábio, pois este contemplou a Verdade, e está apto a realizá-la socialmente. Aqui, poder e filosofia (platônica) aliam-se. (BITTAR, 2015, p. 160)

Assim, o Estado ideal estaria dividido em três partes: o governo, composto pelos filósofos; o exército, composto pelos que possuem bravura; e o povo, constituído pelos artesãos.

Desta forma, fica perceptível que o conceito de justiça para alguns filósofos possui certa influência da sociedade, do que ocorre nos dias atuais e também de outros filósofos. Assim, a justiça se desloca para o homem, mas o homem não procura o conhecimento e acaba praticando atos ilegais sem saber. E, conforme Platão, é justo que cada um receba o que merece.

## **CAPÍTULO II – TEORIAS DE JUSTIÇA E MORA PROCESSUAL**

O presente capítulo trata sobre as Teorias de Justiça e a mora processual. De início se apresenta o conceito de justiça cumulativa, legal e distributiva, seguindo da apresentação da jurisdição estatal. Posteriormente aborda-se sobre a diversificação das decisões judiciais e, por fim sobre a insatisfação populacional quanto ao Poder Judiciário.

### **2.1 Conceito de Justiça Cumulativa, Legal e Distributiva**

A Justiça Legal é aquela que é abordada por Tomás de Aquino, que dá continuidade ao pensamento aristotélico que dispõe que a justiça consiste em dar a alguém aquilo que lhe é devido. Tomás de Aquino define a Justiça Geral de Aristóteles como Justiça Legal, tendo em vista que todos os atos praticados tendem a buscar um bem comum e estão, na maioria das vezes, apresentados nas leis (CASTILHO, 2009).

Tomás de Aquino ainda diferencia justiça legal de justiça particular: “A justiça (...) ordena o homem com relação a outrem, o que pode ter lugar de dois modos: primeiro, a outro considerado individualmente, e segundo, a outro em comum, isto é, na medida em que aquele que serve a uma comunidade serve a todos os homens que nela estão contidos”.

Neste sentido podemos dizer que a justiça particular é aquela que dispõe a pessoa aquilo que lhe é devido de forma individual. Já a justiça legal dispõe sobre o que é devido à coletividade. Para Tomás de Aquino,

[...] ao aludir “o *outro em comum*” não apresenta a comunidade como um ente que paira acima dos seus membros, ou seja, o beneficiário último do ato devido não é a comunidade, como ente autônomo, mas sim os seus membros. Os deveres da justiça legal não se referem, assim, ao “todo social”, mas a todos os membros individualmente da sociedade, ao passo que o objeto da justiça particular é o bem do particular; enquanto o objeto da justiça legal, é a busca pelo bem comum (1956, p. 53).

O conceito de justiça legal não esgota o conceito de justiça em sua integralidade, porém dispõe que a justiça deve regulamentar o que é devido a cada pessoa, tanto nas distribuições – que abarca a justiça distributiva, - quanto nas trocas – que englobam a justiça cumulativa. Neste sentido, a justiça distributiva pode ser definida como a divisão proporcional do que é comum, seja bens ou encargos, observando as condições pessoais de cada pessoa e seu respectivo débito (CASTILHO, 2009).

A justiça comutativa regula a troca entre duas pessoas, isso em Tomás de Aquino, sendo que em Aristóteles era significado de correção, sendo feita apenas por juiz. Aristóteles ainda preconizava que a justiça corretiva incidia apenas em âmbito penal, estipulando as indenizações devidas em decorrência de crimes, mas Tomás de Aquino assevera que a justiça comutativa também seguia a função de quantificar as penas, igualando os crimes e as punições. “Como o ser humano é, para Tomás, um animal social, o fato de a justiça particular visar diretamente o bem do particular não significa que ela seja alheia ao bem comum: a justiça particular dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum” (CASTILHO, 2009).

## **2.2 Jurisdição Estatal**

A jurisdição estatal consiste no poder que o Estado possui para aplicar o direito a um determinado fato, que, na maioria das vezes, se dá através do Poder Judiciário, constituído por autoridades judiciárias. Isso se faz com base no objetivo de solucionar conflitos, independentemente de sua espécie, resguardando-se a ordem jurídica. Já a jurisdição arbitral pode dispor apenas sobre questões que falem acerca de direitos patrimoniais disponíveis, observando-se as transações realizadas

através de contratos, devendo constar cláusula compromissória, ou em falta desta, as partes litigantes devem se submeter ao termo de compromisso arbitral.

Primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir os direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos. Com o fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial. O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 45).

Ao Estado é cabível cuidar das controvérsias existentes bem como cuidar da tutela jurisdicional. Assim, Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 46) dispõe que “[...] em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como função estatal [...] de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.

Fredie Didier Júnior (2016) dispõe que a jurisdição se dá em virtude da realização do Direito, por intermédio de uma pessoa imparcial que deverá decidir de forma avaliativa e que busque o bem comum, visando a operação da justiça, “[...] reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas [...] concretamente deduzidas [...], em decisão insuscetível de controle externo [...] e com aptidão para tornar-se indiscutível” (p. 156).

O autor ainda preconiza que o processo e a jurisdição devem estar em comum acordo, sendo que o processo precisa da jurisdição, não podendo ser vazio, a saber:

O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. Essas situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo vazio: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de direito material

processualizado ou simplesmente direito material (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 39).

Um ponto abordado pela doutrina acerca da jurisdição é a voluntária. Ela não possui o intuito de resolver conflitos “mas a tratar de situações que, embora não envolvendo conflitos, possuem uma repercussão social tal que levam o CPC a submetê-las à jurisdição.” (MARINONI, 2008, p. 143).

É necessário que o Poder Público preste um serviço de amparo à jurisdição, tendo em vista que são temas que possuem grande relevância social para o legislador:

Como está claro, a jurisdição, em alguns casos, não atua para resolver um conflito de interesses, mas somente para zelar por algumas situações de direito material que, diante da sua relevância social e ao ver do legislador, não podem ficar entregues apenas aos particulares envolvidos, ou ainda ser apenas recepcionadas por uma autoridade administrativa ou por um sujeito privado (MARINONI, 2008, p. 145).

Desta forma, de acordo com o pensamento de Humberto Theodoro Júnior (2016), como não há um litígio a ser resolvido, não poderia ser chamado de processo, mas sim um procedimento onde os envolvidos se veem como ininteressados e não como partes.

A intervenção da jurisdição no âmbito privado é decorrente da conveniência de análise dos requisitos determinados a alguns pontos, para que a jurisdição venha fazer com que surta seus efeitos, principalmente relacionado ao âmbito privado. A finalidade da jurisdição voluntária se difere do da jurisdição contenciosa e é isso que distingue as duas. No caso da jurisdição voluntária tem-se a tutela de interesses e na litigiosa o objetivo de composição do conflito.

Desta forma, na jurisdição voluntária o juiz passa a analisar um interesse, não um conflito de interesses. Com isso, não se pode dizer que o conflito de interesses seja diverso à função da jurisdição voluntária; ou seja, ela tem por finalidade a participação ou a observação da autoridade judicial no exercício dos Direitos subjetivos ou dos poderes jurídicos.

Humberto Theodoro Júnior ainda difere a jurisdição contenciosa da voluntária da seguinte forma:

Jurisdição contenciosa é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe controvérsia entre as partes (lide), a ser solucionada pelo juiz. Mas ao Poder Judiciário são, também, atribuídas certas funções em que predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio. Trata-se da chamada jurisdição voluntária, em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso etc. Aqui não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual envolvendo o juiz e os interessados. (2012, p. 53)

Luiz Guilherme Marinoni aborda como acrítica a corrente mencionada, e indaga a premissa de que é preciso ter conflito de interesses para que se observe a jurisdição. Desta forma, dispõe que “[...] a jurisdição não pode ter a sua dimensão reduzida a resolver conflitos [...]” e que a função do magistrado se baseia na “[...] compreensão do significado da lei no caso concreto e à luz das normas constitucionais (Estado constitucional). Não se restringe à aplicação da lei” (2008, p 158). De acordo com o autor, a jurisdição possui o dever de proteger os direitos, não devendo que se falar em ausência de natureza jurisdicional na jurisdição voluntária, tendo em vista que ocorre nela a efetiva tutela aos direitos.

### **2.3 Teoria da justiça frente à Constituição Federal de 1988**

A justiça cumulativa, distributiva e social formam um aglomerado entre o que é devido a particulares, o que a comunidade deve a eles e o que eles devem à comunidade. Com isso, para que se faça um juízo de valor, é necessário que o que emite o juízo esteja no horizonte de um ordenamento jurídico de uma sociedade particular.

No Brasil a Constituição gira em torno da dignidade da pessoa humana, de acordo com o artigo 1º, inciso III. Desta forma, é possível perceber que a constituição americana gira em torno das justiças distributiva e comutativa e a

Constituição Brasileira se baseia na justiça social, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que é o seu ideal.

A sociedade brasileira, no seu elenco de direitos fundamentais constitucionais, explicitou uma determinada teoria ou categoria dos bens que são devidos, por justiça, aos seus membros. Alguns bens são devidos a todos, em virtude da absoluta necessidade para a plena realização humana (justiça social). Outros são devidos em virtude da posse de uma determinada qualidade (justiça distributiva), ou a que dizem respeito às trocas entre os particulares (justiça comutativa). O direito à educação, por exemplo, após ter declarado ser um direito essencial de todos (nos termos do artigo 6º e artigo 205, da CF), o constituinte de 1988, no artigo 208 do texto constitucional, explicitou o conteúdo deste direito (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 23).

A primeira pontuação a se fazer é de que a educação básica, ou seja, ensino fundamental, é de responsabilidade do Estado, devendo ser obrigatório e inteiramente gratuito, sendo parte de um direito público subjetivo. Assim, é um direito que está presente na justiça social, sendo um direito social.

Desta forma, quando a pessoa não se capacita no ramo da educação e continua no analfabetismo, vários são os obstáculos a serem enfrentados por ela, impedindo o seu desenvolvimento. É uma prática que merece ser erradicada, pois o analfabetismo não traz evolução pra pessoa nem pra sociedade, então deve-se proporcionar os bens necessários para a vida da pessoa.

No que tange à educação em nível superior, a Constituição traz em seu artigo 208, inciso V, que é opcional, vai da concepção de cada pessoa, sendo que esse ensino se dará conforme a capacidade de cada pessoa. Ou seja, a Constituição limita a oferta do nível superior para aqueles que possuam capacidade para usufruir dele. Assim, pode-se dizer que essa questão está inserida na justiça distributiva. O Estado deve proporcionar ao cidadão os meios necessários de ensino para que ele ingresse no ensino superior. Ensino básico, médio, público, gratuito e de qualidade.

Outra pontuação importante que a Constituição Federal faz é acerca da ordem econômica, trazida no artigo 170 que dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

A questão econômica vai além de crescimento financeiro, sendo que ele busca o melhor para a vida da pessoa, com uma sobrevivência digna. Isso proporciona uma vida melhor para a ser humano e com isso atinge-se o bem comum para todos. Em consonância o artigo 193 da Constituição Federal dispõe sobre a ordem social, se baseando no trabalho, buscando o bem-estar e as justiças sociais. Nesse sentido Tércio Sampaio Ferraz Júnior assevera:

A ordem econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim (1989, p. 208).

Com a aplicação da justiça social, os bens necessários para o desenvolvimento da personalidade e dignidade é um bem que passa a ser atribuído a todos, podendo ser considerado como bem comum. Da mesma forma que o direito à saúde, que é de todos e de responsabilidade do Estado. Independente de qualquer circunstância, a saúde deve ser prestada a todos de forma irrestrita para aquele que necessitar dela. Ocorre que, como é questão de necessidade, encaixa-se na justiça distributiva, ou seja, proporcionar a saúde a quem necessitar.

Um dos motivos mais sólidos em favor da divisão tripartite da justiça advém de uma consideração do número de possíveis relações presentes na vida social. A tradição identificou três: a relação do indivíduo com outro indivíduo (relação de parte com a parte); a relação da comunidade com o indivíduo (relação do todo com a parte) e a relação do indivíduo com a comunidade (relação da parte com o todo) (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 50).

Desta forma pode-se perceber que as três formas de justiça tem suas particularidades, porém todas se fundem na justiça social. Todas buscam o bem comum da sociedade, proporcionando uma vida digna e melhor. Com a colaboração de todos, a sociedade se torna mais produtiva e poderá se tornar referência para todas as populações, com a finalidade principal do bem-comum.

## 2.4 Insatisfação populacional quanto ao Poder Judiciário

Algo que sempre gera reclamação no meio da sociedade é a questão dos serviços públicos, vez que na maioria dos casos não são prestados com a necessária efetividade. Isso se dá pela grande demanda de procedimentos que se fazem necessários e a quantidade de agentes públicos não é suficiente para resolver tantas questões.

Antes de haver os concursos para magistratura no Brasil, quem definia os magistrados era o Poder Executivo, quanto a todas as decisões acerca do cargo, desde a nomeação até a aposentadoria. Deste modo, o magistrado somente teria uma promoção em sua carreira se o líder do executivo assim o quisesse.

Esta visão não é mais tolerável diante das exigências do Estado Democrático de Direito, que necessita de um Judiciário independente, assumindo o seu papel de intérprete e não mero aplicador das normas. A dependência demonstra a existência de um Judiciário eivado dos vícios da burocracia e do positivismo normativo, além de prejudicar a atuação do juiz como um estudioso crítico do ordenamento jurídico e da realidade social, impedindo-o de exercer a função política a ele concebida pela Constituição Federal, ou seja, ser um órgão de controle social e limitador do poder estatal (CALAMANDREI, 1995, p. 220).

Hoje, não há mais interferência do Poder Executivo no Judiciário, pelo menos no papel, tendo em vista que se tornou um poder independente e que não necessita de ordens dos outros poderes para se manter. A lei é omissa em alguns casos e então necessita-se do magistrado para que a interprete de forma mais clara e concisa.

Não adianta dizer, como se ouve repetir com demasiado simplismo, que a função dos magistrados é aplicar a lei e que, portanto, se mudança de regime significa mudança de leis, o ofício dos magistrados permanece sempre o mesmo, resumido no dever de serem fiéis às leis em vigor. Quem assim raciocina não quer perceber que as leis são fórmulas vazias, que o juiz cada vez preenche não só com sua lógica, uma lei, o juiz como homem, é levado a julgá-la; conforme sua consciência moral e sua opinião política a prove ou a reprove, ele a aplicará com maior ou menor fidelidade (CALAMANDREI, 1995, p. 221)

Diante de tantos problemas envolvendo o Poder Judiciário, a imprensa hoje apresenta suas críticas negativas e positivas, e acabam por influenciar em

algumas decisões. O Brasil sempre possui crises nos seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e isso se dá devido a vários fatores. A população se via fechada, não podendo recorrer a nenhum lado, tendo em vista que as deficiências das entidades estatais acabavam por prejudicar os seus direitos.

A inércia do Poder Judiciário causa vários efeitos até os dias atuais e um exemplo disso é acerca da Ditadura Militar em 1964:

A omissão inicial do Poder Judiciário, perante a ditadura militar de 64, foi uma das responsáveis pela sucessão posterior de perseguições, torturas, mortes e desaparecimentos políticos. À maioria dos juízes, faltou coragem. Alguns magistrados chegaram a assinar mandados de prisão em branco, para preenchimento pelos militares com nomes de pessoas a serem presas (MACCALÓZ, 2002, p. 07).

Desta forma quanto mais a mídia se pronuncia acerca do Judiciário, mais se mostra sobre as crises existentes nele e isso agrava mais ainda a situação. É necessário que haja uma conscientização, tendo em vista que, diante de tantos problemas internos a população se vê insatisfeita com a atuação do Judiciário. Essa insatisfação pode se dar devido a imparcialidade em alguns julgamentos, bem como na demora de prolação de sentenças e resolução de casos. Tudo influencia diretamente na atuação da justiça e, se houver interveção negativa, a tendência é de piora para a sociedade.

Assim, o judiciário deve se portar como apaziguador e defensor dos direitos das pessoas, defendendo a causa de cada um, de acordo com as suas necessidades, sendo imparcial e analisando cada caso concreto diante das provas que lhe são fornecidas. O que mais se necessita hoje é o aumento no efetivo de servidores públicos do âmbito da justiça, tendo em vista que cada dia aumentam mais processos e as demandas são tantas que o efetivo atual não é suficiente para dar andamento nos processos de forma geral. Assim, analisam-se primeiramente os processos mais urgentes, como em casos de presos, idosos e afins, e, posteriormente, analisa-se os demais processos que não possuem urgência.

Um ponto importante a ser mencionado acerca do Poder Judiciário nos dias atuais, é sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, que é um órgão que

deveria ser imparcial em suas decisões, porém sem mostrado dificuldade em esconder o seu posicionamento jurídico e aplicar a lei de forma correta. Vale salientar que aqui não está em debate posicionamento político, mas, diante do cenário atual existem posicionamentos do Judiciário que tem sido interferidos pelos outros poderes e isso pode ser muito prejudicial para a população nacional.

Estatísticas apontam que 42% dos brasileiros estão insatisfeitos com a atuação do Supremo Tribunal Federal. Isso pode ter ocorrido devido a decisão envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que anulou todas as decisões proferidas contra ele pela 13ª Vara de Curitiba. Isso prova que pode haver parcialidades colocadas em pauta nas votações da Suprema Corte e, assim, o Poder Judiciário perde a sua credibilidade frente à sociedade.

Uma série de fatores pode influenciar na insatisfação do público com o Judiciário, principalmente suas parcialidades e morosidade que seus serviços encontram. Não há no ordenamento jurídico brasileiro um tempo definido para a duração razoável do processo, porém Freddie Didier Júnior assevera:

A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e dos seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional. (2016, p. 95)

Desta forma resta claro e evidente que existem alguns pontos a serem observados para que o processo seja mais celere. Observando tais pontos e, posteriormente, com um efetivo maior de pessoas analisando processos, a morosidade do Judiciário poderia chegar ao fim, porém essa é uma realidade distante de nossos dias.

## **CAPÍTULO III – POSIÇÃO JURÍDICA E O INSTRUMENTO EQUITATIVO**

O presente capítulo se encarrega de apresentar a posição jurídica e o instrumento equitativo, dispendo sobre seus aspectos gerais, o instrumento equitativo jurisdicional, o justo cumprimento da pena, bem como o posicionamento dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

### **3.1 Aspectos gerais**

John Rawls aborda em sua percepção de justiça com certa imparcialidade, tendo em vista que ao estabelecer hipoteticamente o estado de natureza - posição original, desenvolveu com base nos princípios uma igualdade e justiça equitativa oriundas de um acordo entre os homens, e também estabeleceu uma cisão do entendimento de justiça apresentado pelos utilitaristas, ultraliberais e institucionalistas.

John Rawls (2008, p. 12) esclarece que “para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original.”

A ideia de justiça trazida por Rawls é baseada de início, sobre o indivíduo, sem deixar de lado o contexto social e comunitário que o cerca. O objetivo não era dispor sobre um conceito, mas sim, adicionar para a interdisciplinaridade entre os vínculos a sociedade, da política e da economia com a noção da justiça.

Nythamar Oliveira (2003, p.14), dispõe, de acordo com Rawls, o modo como “[...] as instituições sociais, econômicas, políticas, sistema jurídico, forma de propriedade, estruturam sistematicamente para distribuir direitos e deveres aos cidadãos, determinando suas possíveis formas de vida (projetos e metas individuais, ideias do bem, senso de justiça)”.

John Rawls apresenta uma ideia de justiça totalmente divergente da convencional, tendo como objetivo a busca por uma justiça social, disposta por regras anteriormente conhecidas e analisadas, bem como respeitadas por todos os envolvidos na sociedade. “A visão de Rawls parte da concepção de *fairness* ou *fair play* que clama por uma justiça estabelecida através de um jogo limpo, imparcial (*justice fairness*)” (FURLAN, 2002, p.9).

De acordo com Rawls (RAWLS, 2003, p. 13) “a estrutura básica também cumpre a função pública de educar os cidadãos para uma concepção deles mesmos como livres iguais; e, sempre que adequadamente regulada, ela estimula neles atitudes de otimismo e confiança no futuro, e o senso de ser tratado equitativamente tendo-se em vista os princípios públicos, que são tidos como regulando efetivamente as desigualdades econômicas e sociais.”

A teoria de John Rawls, no que diz respeito aos princípios de justiça, possui como base a auto regulação dos conflitos oriundos entre os membros da sociedade. Assim, estabelece um conceito partindo de dois princípios, os quais estão presentes em qualquer sociedade e colocam limites aos direitos e deveres que são observados por todos os seus componentes. “São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação” (RAWLS, 2008, p.12).

Os princípios da justiça disponibilizam o alicerce básico para a construção de uma estrutura alicerçada da sociedade com base na cooperação social, tendo em vista que eles são pessoas acobertadas pela ignorância e escolheriam como leis das condições de sua associação. “Assim, devemos imaginar que aqueles que entram em cooperação social escolhem juntos, em um único ato conjunto, os princípios devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais” (RAWLS, 2008, p.12).

Roberto Gargarella (2008, p. 20) aponta a escolha da concepção de justiça como equidade, de acordo com o pensamento de John Rawls “quanto à escolha dos princípios de justiça, as condições procedimentais imparciais levam, segundo Rawls, ao que ele denomina sistema de ‘justiça como equidade’. Nesse sistema, considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas), colocadas em uma posição de igualdade.”

Os princípios da justiça asseveram que os ajustes devem ser escolhidos sob o ‘véu da ignorância’, tendo como final o não favorecimento de nenhuma pessoa na escolha de suas decisões, levando ao que é justo. “Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado do consenso ou ajuste equitativo” (RAWLS, 2008, p.13).

A sociedade que observa aos princípios de justiça, se mantém em um sistema voluntário, pois a sociedade está “cooperando em termos com os quais eles concordariam se fossem pessoas livres e iguais cujas relações mútuas fossem equitativas” (RAWLS, 2008, p.14).

Fabiano Ferreira Furlan (2003, p.11) reduz o raciocínio que direciona à escolha dos dois princípios da justiça na posição original:

a) existência de uma noção intuitiva em cada parte do que seria a melhor opção nesta situação; b) o pensamento de que o mais sensato seria reconhecer um princípio que exija uma distribuição igual; c) a escolha dos dois princípios preservaria melhor interesse de ordem superior de pessoas livres; d) o predomínio da correlação entre os dois princípios e a regra *maximin* que definiria a escolha em situações de incerteza. Exemplo: seria melhor opção se as partes fossem forçadas a se sujeitar a uma escolha feita por inimigos; e) a garantia de um mínimo satisfatório; e, f) outras teorias poderiam conduzir a instituições que as partes considerariam intoleráveis. Exemplo: poderiam conduzir à ditadura, espaço em que a liberdade é restringida.

O bem-estar dos seres humanos que vivem na sociedade deve ser resguardado assiduamente. Esse é o entendimento de John Rawls (2008, p.5) que afirma que

a sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também

efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios. Neste caso, embora os homens possam fazer excessivas exigências mútuas, eles contudo reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Se a inclinação dos homens ao interesse próprio torna necessária a vigilância de um sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a associação segura. Entre os indivíduos com objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica; o desejo geral de justiça limita a perseguição de outros fins. Pode-se imaginar a concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada.

Os princípios de justiça sustentam a estrutura da sociedade, atuando como forma de orientação na escolha da constituição política e dos elementos primordiais do sistema socioeconômico, dando-lhes direitos, asseverando-lhes deveres e propiciando um cenário econômico favorável para os membros da sociedade cooperativa.

Por fim, John Rawls diz que a convenção sobre os princípios da justiça não acarretam em nenhum acordo sobre as metas, planos e os objetivos da vida de cada pessoa, pois cada um possui um conjunto de interesses particulares para si. “O que faz a diferença é a sequência de definição em uma posição original fomentada pelo véu da ignorância” (FURLAN, 2013, p.11).

### **3.2 Instrumento equitativo jurisdicional**

O termo equitativo vem de equidade, que deriva do grego, originado no pensamento de Aristóteles. Hoje, a equidade pode ser reconhecida como fonte de direito em alguns posicionamentos jurídicos e em outros como instrumento de integração.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil assevera que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Desta forma, o magistrado deverá pautar suas decisões como

equitativas, a fim de obter o bem comum e os fins sociais defendidos pela ordem jurídica, chegando-se a uma decisão razoável.

As ações humanas estão voltadas com a razão, para atingir um fim, que é a necessidade de se encontrar o bem supremo. Essa busca se refere a um bem que deve ser analisado em si mesmo, pois, como explica Aristóteles:

“se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhermos tudo por causa de algo mais (se fosse assim, o processo prosseguiria até o infinito, de tal forma que nosso desejo seria vazio e vão), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens.” (1996, p. 118)

A justiça, de acordo com Aristóteles, é entendida como uma virtude. Ela se diferencia das demais e se põe de forma superior por ser uma virtude que manifesta na aplicação da moral em relação às outras pessoas, não em relação a si mesmo. Aristóteles aborda sobre a justiça e sobre a injustiça, dizendo que nas pessoas, a justiça é a “disposição da alma que graças à qual elas dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo; de maneira idêntica, diz-se que a injustiça é a disposição da alma de graças à qual elas agem injustamente e desejam o que é injusto”. (ARISTÓTELES, 1996, p. 193)

A justiça é a maior das virtudes, uma vez que promove o bem ao outro em relação ao próximo. Aristóteles assevera: “A justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente a si mesmas como também em relação ao próximo”. (ARISTÓTELES, 1996, p. 195).

“O justo nesta acepção é, portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso, um quinhão se torna muito grande e outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno. No caso do mal o inverso é

verdadeiro, pois o mal maior, já que o mal menor deve ser escolhido em preferência ao maior, e o que é digno de escolha é um bem, e o que é mais digno de escolha é um bem ainda maior. “(ARISTÓTELES, 1996, p. 199).

O filósofo ainda continua dispondo que “o termo *injusto* se aplica tanto às pessoas que infringem a lei quanto às pessoas ambiciosas (no sentido de quererem mais do que aquilo a que têm direito) e iníquas, de tal forma que as cumpridoras da lei e as pessoas corretas serão justas. O justo, então, é aquilo conforme à lei e correto, e o injusto é o ilegal e iníquo”. (ARISTÓTELES, 1996, p. 194)

A partir de então, surge o conceito de justo universal, tendo em vista que este é o cidadão cumpridor da lei. É a obediência ao *nómos*, ou seja, ao ordenamento jurídico disposto pelas normas, abrangendo os costumes e princípios existentes em uma determinada sociedade. Como explica Eduardo Carlos Bianca Bittar (2010),

“se a lei (*nómos*) é uma prescrição de caráter genérico e que a todos vincula, então seu fim é a realização do Bem da comunidade, e, como tal, do Bem Comum. A ação que se vincula à legalidade obedece a uma norma que a todos e para todos é dirigida; como tal, essa ação deve corresponder a um justo legal e a forma de justiça que lhe é por consequência é a aqui chamada justiça legal. “(BITTAR, 2010, p. 130)

Para o autor, existem dois tipos de justiça, a particular e a universal. A particular abrange apenas uma parte da virtude, não a virtude total, como é na justiça universal. Assim, a justiça particular é uma espécie da justiça total (BITTAR, 2010).

Outra pontuação acerca da justiça é que ela possui duas espécies: corretiva e distributiva. A justiça distributiva observa a distribuição pela *polis*, ou seja, através do Estado, “de bens, honrarias, cargos, assim como responsabilidades, deveres e impostos” (BITTAR, 2010, p. 133). De acordo com Aristóteles:

Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham

dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa (1996, p. 197).

Assim, a justiça distributiva é um meio termo que possui quatro termos na relação: dois sujeitos comparados entre si e dois objetos. Será justo, se conseguir atingir a finalidade de proporcionar a cada um aquilo que lhe é devido, conforme seus méritos.

Desta forma, a justiça corretiva distingue da distributiva pois “utiliza como critério de justa repartição aos indivíduos os méritos de cada um, enquanto aquela visa o restabelecimento do equilíbrio rompido entre os particulares: a igualdade aritmética.” (BITTAR, 2010, p. 135).

Aristóteles conclui, acerca da justiça corretiva:

“é a que desempenha função corretiva nas relações entre as pessoas. Esta última se subdivide em duas: algumas relações são voluntárias e outras são involuntárias; são voluntárias a venda, a compra, o empréstimo a juros, o penhor, o empréstimo sem juros, o depósito e a locação (estas relações são chamadas voluntárias porque sua origem é voluntária); das involuntárias, algumas são sub-reptícias (como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o desvio de escravos, o assassino traiçoeiro, o falso testemunho), e outras são violentas, como o assalto, a prisão, o homicídio, o roubo, a mutilação, a injúria e o ultraje.” (ARISTÓTELES, 1996, p. 197).

Desta forma, a justiça corretiva fica a encargo do magistrado, pois este é visto como a personificação da justiça, assim “ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a própria justiça viva (...) é uma pessoa equidistante e, em algumas cidades são chamados de ‘mediadores’, no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio-termo, elas obtêm o que é justo.” (ARISTÓTELES, 1996, p. 200).

### **3.3 O justo cumprimento da pena**

O justo cumprimento da pena surge a partir da premissa de que aquele que está inserido no sistema prisional devido a uma má conduta, deve responder por

essa má conduta, de forma justa, a fim de que, após o cumprimento de sua pena, esteja ressocializado e volte à sociedade como uma nova pessoa, sem a intenção de cometer novos crimes e de possuir uma vida digna e sem criminalidade. Ocorre que, no tempo em que estiver inserido no cárcere, vários podem ser os fins de um preso, ou seja, ele pode sim se ressocializar, mas também pode aprender muito mais sobre o crime do que o que já sabia.

Esse é um grande problema que pode acarretar no injusto cumprimento da pena, tendo em vista que, se uma pessoa não se ressocializa, o órgão responsável pela ressocialização pode aplicar medidas mais severas, e isso pode ferir alguns direitos do preso. Com o cumprimento injusto da pena, vários são os problemas que podem ser desencadeados a partir dele, como citado, pode-se voltar a delinquir e isso virará uma espécie de cadeia, que nunca terá fim.

Desta forma, a pena possui finalidades. A partir das teorias absolutas e retributivas, tem-se a posição acerca da finalidade da pena. Segundo tais teorias, a finalidade da pena é apenas uma: punir o agente que comete o crime. De acordo com Cézaro Roberto Bitencourt:

[...] Através da imposição da pena absoluta, não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. Apenas é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado (1993, p. 29)

Mesmo quando se diz respeito à teoria absoluta, ela demonstra uma finalidade que não é a finalidade real da pena, qual seja, a promoção da justiça. Assim, vê-se que é indispensável a aplicação da pena, condenando o infrator para que seja finalmente promovida a justiça.

É importante salientar que entre as teorias absolutas, os posicionamentos de Kant e Hegel são os primordiais. Kant dispunha que a pena era uma punição meramente moral. Para ele o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, ou seja, a pena era punição que deveria ser imposta ao agente

com o fim de que ele se libertasse do mal que praticado contra a sociedade. Para Hegel, a pena é a afirmação do direito. O crime pressupõe uma violação do direito, já a pena consiste em uma violência que anula a violência, servindo apenas para reprimir a violação do direito (DIAS, 1999).

Já as teorias preventivas, buscam uma finalidade para a pena, onde ela passa a ser vista como algo instrumental, um mecanismo de combate à reincidência de crimes. Assim, elas representam uma evolução das teorias absolutas. Uma das finalidades da teoria preventiva é a de evitar o cometimento de novos crimes. Elas são divididas em dois grupos, que são a prevenção especial e prevenção geral:

[...] Para aquela (prevenção especial), o fim a que aspira a pena é desencorajar ou dissuadir o indivíduo que, tendo infringido uma norma penal, volte a cometer delitos. Dito mais claramente: a sua finalidade precípua é combater a reincidência. Já esta – a prevenção geral – pode ser tomada como prevenção geral positiva, em que se objetiva a manutenção dos padrões e valores da sociedade, partindo da premissa que esta é um todo orgânico, estruturalmente organizada para funcionar bem, ou, ainda, como prevenção geral negativa, em que se propõe a motivar condutas, impedindo que uma pessoa pratique um delito (FOPPEL, 2004, p. 52).

Von Liszt expôs da melhor forma a teoria. O autor acentuava que o objetivo da pena é a ressocialização social. O grande desafio é que, por mais que se buscasse evitar a reincidência, existem três formas a fim de promover a ressocialização: a inocuização, intimidação e correção. Desta forma, a função da pena e do direito penal seria a proteção de bens jurídicos por intermédio de incidência da pena a cerca da personalidade do criminoso, tendo por finalidade evitar futuros crimes.

## CONCLUSÃO

A aplicação verticalizada da lei, implica uma uniformização de resolução de conflitos, de outro modo, a figura do Estado como o detentor da soberania criminal, aplica o Direito ao caso em testilha, condenando-o ou absolvendo-o, sendo aquele, em que se a pena for privativa de liberdade, o sentenciado será encaminhado para um complexo prisional, a qual será submetido a convivência com todos os tipos de condenados, demonstrando-se, a falha do instrumento equitativo penitenciário.

A Justiça Reparadora possui como principal função a conscientização do infrator, visando ainda a restauração de seu convívio no meio social, buscando o não cometimento de novos ou iguais crimes. Quando se tem a observação do ato ilícito cometido é sempre preferível que haja a restauração, buscando um acordo através da assunção da responsabilidade do infrator com a intenção de reabilitá-lo e possuir um resultado positivo – caso necessário com fins terapêuticos.

A teoria de John Rawls, no que diz respeito aos princípios de justiça, possui como base a auto regulação dos conflitos oriundos entre os membros da sociedade. Assim, estabelece um conceito partindo de dois princípios, os quais estão presentes em qualquer sociedade e colocam limites aos direitos e deveres que são observados por todos os seus componentes.

Com a morosidade do Judiciário, fica impossível definir se a justiça realmente está sendo feita para aqueles que ferem a lei. Isso se dá pela alta demanda de processos e crimes cometidos na atualidade, mas é necessário que se analise os casos concretos de acordo com cada particularidade, aplicando os

pensamentos dos sociólogos e filósofos para buscar entender o que de fato acontece quando alguém simplesmente resolve cometer crimes ou acaba por cometê-los de forma dolosa.

Assim sendo, o presente trabalho trouxe informações acerca de posicionamentos e jurisprudência, buscando demonstrar os melhores pontos acerca da justiça reparadora, com a finalidade de elucidar todas e quaisquer dúvidas inerentes a ele.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. 8. Madri: BAC, 1956.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1996

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: [http://sta.pro.br/livros/32%20%20BITTAR\\_Carlos\\_Eduardo\\_Bianca\\_Curso\\_Filosofia\\_Direito\\_2015.pdf](http://sta.pro.br/livros/32%20%20BITTAR_Carlos_Eduardo_Bianca_Curso_Filosofia_Direito_2015.pdf). Acesso em: 24 mai. 2021.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça Social e Distributiva**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Jorge Figueredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A legitimidade na Constituição de 1988**. In:

FERRAZ JR. et al. **Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989.

FOPPEL, Gamil El Hireche, **A função da pena na visão de Claus Roxin**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

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

LINK, Valéria de Souza. **O Sistema de Justiça Penal e a Justiça Restaurativa: concepções filosóficas e psicológicas subjacentes**. 2008. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc->

rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=12270@1 . Acesso em: 23 mai. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

MACCALÓZ, Salete. **O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed, rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Vol 1. p. 143

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. I. p. 153.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Cristina. **Notas Sobre a Justiça Restaurativa**. Porto Alegre: revista Síntese, 2012, vol. 13, n. 75, ago/set 2012.

OLIVEIRA, Nythamar. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário**. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 mai. 2021.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Organizado por Erin Kelly; Tradução Claudia Berliner; Revisão técnica e tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ROBALO, Teresa L. de G. de A. e Souza. **Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Incompatibilidades entre a Justiça Restaurativa e o Instituto da Transação Penal**. Porto Alegre: revista Síntese, 2013, vol. 14, n. 80, jun/jul 2013.

SOUSA, Bruno Stigert de; MELLO, Breno Cesar de Souza. **A biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas**. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, ano 8, n. 20, p. 117- 145, jan./abr. 2019. p. 137.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol 1. p. 45.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª edição, 2010.

ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. In: BIANCHINI, Edgar H. *Justiça Restaurativa: um desafio à praxis jurídica*. Campinas: Servanda Editora, 2012.