

INTRODUÇÃO

Este trabalho parte da crise de legitimidade do sistema criminal no Estado Penal brasileiro, buscando investigar no que consiste a Justiça Restaurativa e de que modo ela pode contribuir para a adoção de um modelo mais humano e democrático de resolução consensual de conflitos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

A partir de profundas transformações estruturais nas esferas econômica, social e cultural nas últimas décadas, constata-se o desenvolvimento de um Estado altamente punitivo, segregativo e estigmatizante no Ocidente, que ganha destaque no seio de uma sociedade cada vez mais complexa e excludente. Se, por um lado, há clara tendência de ampliação dos espaços de atuação do Direito Penal, ilustrada pelo surgimento de “novos” interesses, a caracterização de uma sociedade do medo e crescente sensação social de insegurança, potencializada pelo papel da mídia (Silva Sanchez, 2011), na busca por um sistema repressivo mais presente, outras iniciativas têm sido adotadas no sentido contrário.

Na contramão da guinada punitiva, nas últimas décadas tem ganhado força movimento no sentido de questionar a problemática da violência, da criminalidade e da “crise” de legitimidade do modelo de justiça tradicional, surgindo propostas diferenciadas para lidar com a questão do delito. É nesse contexto que se insere a temática da administração consensual de conflitos.

Dentre as propostas nesse sentido incluem-se os mecanismos previstos na Lei nº 9.099/95 e voltados para a conciliação e transação entre as partes envolvidas num conflito. Apesar das antagônicas motivações da referida norma, que parece oscilar entre um discurso humanista (ampliação do acesso à justiça, atenção à vítima, reparação de danos e não aplicação de pena privativa de liberdade) e pragmático-utilitarista (“desafogamento” do Judiciário, informalidade, economia processual e eficiência), é inegável a abertura, ainda que limitada e com as devidas precauções, a uma lógica diversa da operante no sistema processual penal brasileiro.

A partir de uma análise crítica do modelo de justiça retributiva, a Justiça Restaurativa propõe uma mudança de paradigma, pautando seus valores no diálogo e respeito entre os envolvidos e buscando a pacificação social com a mitigação do efeito excludente e estigmatizador decorrentes da mera punição do sistema penal tradicional.

Busca-se, portanto, refletir acerca da possibilidade de implementação do modelo restaurativo na sistemática dos Juizados Especiais Criminais. Seriam os princípios estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, como a oralidade, informalidade, economia processual,

celeridade, bem como os objetivos de reparação de danos e aplicação de pena não privativa de liberdade em consonância com os valores da justiça restaurativa? Até que ponto é possível estabelecer um diálogo entre eles? Inicialmente, serão apresentadas breves considerações acerca do modo de funcionamento dos Juizados Especiais Criminais e algumas problematizações; e, posteriormente, dos princípios que orientam e caracterizam a justiça restaurativa. Em seguida, pretende-se abordar a questão da (in)compatibilidade do modelo restaurativo com a Lei nº 9.099/95. Serão apresentados, ainda, alguns apontamentos acerca de experiências restaurativas em curso no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Por fim, será feito um balanço da discussão apresentada, concluindo-se que, embora haja críticas pertinentes acerca da Lei nº 9.099/95, o modelo restaurativo pode contribuir para um aprimoramento da gestão consensual de conflitos e da pacificação social. Ressalta-se, ainda, a necessidade de adoção de medidas para evitar o desvirtuamento do modelo restaurativo e o aumento do controle social.

I. INSTRUMENTOS DE CONCILIAÇÃO NO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 9.099/95

Os Juizados Especiais Criminais foram criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em consonância com o disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, que, nos termos do artigo 61, do referido diploma legal, são todas as contravenções e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, cumulada ou não com multa.

Estão abarcados pelo procedimento sumaríssimo, infrações como lesão corporal leve (artigo 129, “caput”, do CP), lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (artigo 303, do CTB), ameaça (artigo 147, do CP), difamação (artigo 139, do CP), injúria (artigo 140, do CP), dano (artigo 163, do CP), calúnia (artigo 138, do CP), perturbação do sossego (artigo 42, da LCP) e vias de fato (artigo 21, da LCP).

Segundo a exposição de motivos da Lei nº 9.099/95, a justificativa para a promulgação da referida lei foi “dar cumprimento à norma constitucional”, estabelecendo “normas gerais, quer para o procedimento, quer para o processo”. Faz-se alusão à “necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem selam os procedimentos adequados à concreta efetivação na norma penal” e se admite a introdução no ordenamento jurídico brasileiro de espaço para a “discrecionalidade regulada” (controlada ou regrada)¹, frise-se com relação a delitos de

¹ Segundo esse princípio, o Ministério Público pode dispor da persecução penal para propor medidas alternativas, de modo a romper com a rigidez do princípio da indisponibilidade da ação penal (GOMES, p.448)

menor gravidade, em meio à regra geral dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública. O anteprojeto rechaçou a adoção do princípio da oportunidade da ação penal, inspirando-se, de outra parte, nas legislações italiana e portuguesa.

A exposição de motivos exalta a celeridade, a oralidade, a desburocratização e a simplificação da justiça como pontos positivos do procedimento sumaríssimo, incorporando como objetivos da lei a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. É interessante observar que o texto reconhece que o Estado até o momento “pouco se preocupou” com a vítima, a qual está “cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal”, diagnóstico que foge ao senso comum e aos discursos do medo.

A partir dessa nova perspectiva, introduziu-se no ordenamento jurídico um procedimento desburocratizado com possibilidade de conciliação e transação, adotando-se como princípios orientadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º). Antes do rito sumaríssimo propriamente dito (que compreende a defesa preliminar, o recebimento ou rejeição da denúncia, a citação, a audiência de instrução de julgamento com a oitiva da vítima, das testemunhas de acusação e de defesa, interrogatório, debates orais e sentença), há uma audiência preliminar destinada à tentativa de conciliação, por meio da composição civil e da transação penal.

Inicialmente, busca-se a composição civil dos danos entre o autor dos fatos e a vítima, prevista nos artigos 72 a 74, da Lei nº 9.099/95, que se trata de uma tentativa de acordo acerca dos danos causados pelo ato lesivo. Realizado o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz, tornando-se sentença irrecorrível e com eficácia de título executivo. A composição de danos resulta em renúncia da vítima ao direito de queixa, em caso de infração de ação privada, ou ao direito de representação, na hipótese de ação penal pública condicionada, conduzindo à extinção da punibilidade do agente. Na hipótese de ausência de acordo, o ofendido poderá exercer o direito de queixa ou de representação, nos casos de ação penal privada ou condicionada à representação. Em se tratando de ação penal pública incondicionada, havendo ou não acordo, ou no caso da condicionada, se houver representação, o representante do Ministério Público poderá propor a transação penal.

A transação penal, prevista no artigo 76, *caput* e parágrafos, consiste na aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, preenchidos os seguintes requisitos:

circunstâncias judiciais favoráveis; não ter o agente sofrido condenação definitiva a pena privativa de liberdade; e não ter o autor sido beneficiado com outra transação penal no prazo de cinco anos. Aceita a transação, homologada pelo juiz, extingue-se a punibilidade do agente. Se não for aceita a transação penal, o Ministério Público analisa o termo circunstanciado e oferece denúncia, iniciando-se o rito sumaríssimo supramencionado.

Ressalta-se que a transação penal consiste, portanto, em acordo firmado entre o “parquet” e o autor dos fatos, sem a participação ativa da vítima, no qual há a imposição imediata de pena restritiva de direitos ou multa, sem a ocorrência do devido processo legal, razão pela qual não são discutidas questões de mérito, culpa e responsabilidade. Anota-se que a realização da transação penal não implica na assunção de culpa pelo autor dos fatos, não gera reincidência, nem pode ser considerada para fins de maus antecedentes, conforme disposto no artigo 76, §§4º e 6º, da Lei nº 9.099/95. Observa-se, ainda, que o diploma legal prevê tentativa de conciliação no início da audiência de instrução em julgamento na hipótese de não ter sido tentada anteriormente.

Por fim, o artigo 89, do diploma legal, prevê o instituto da suspensão condicional do processo, que embora inserida nessa lei, contempla uma gama maior de crimes (pena mínima cominada não superior a um ano). Caracteriza-se como uma transação entre o promotor de justiça e o autor dos fatos, sem a participação da vítima, estabelecendo-se condições a serem cumpridas pelo agente em troca do não prosseguimento da ação penal. O acusado não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime e devem estar presentes os requisitos previsto no artigo 77, do Código Penal.

Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o processo fica suspenso pelo prazo de dois a quatro anos, devendo o autor dos fatos cumprir as seguintes condições: reparação do dano (salvo impossibilidade de fazê-lo), proibição de frequentar determinados locais; proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial; comparecimento pessoal em juízo mensalmente para justificar suas atividades; além de outras obrigações estipuladas pelo magistrado no caso concreto. A lei prevê hipóteses de revogação obrigatória (responder o agente por novo processo no período de suspensão ou não efetuar a reparação do dano sem motivo justificado) e facultativa (responder o acusado por contravenção penal ou descumprir outra condição imposta) da suspensão condicional do processo.

II. OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A criação dos Juizados Especiais Criminais suscitou variadas reações por parte dos acadêmicos de direito criminal. SHECAIRA (2013, p.273) aponta que, ao entrar em vigor a

Lei nº 9.099/95, a maior parte da doutrina a recebeu positivamente, como “uma nova filosofia político-criminal”, mencionando como motivos: a eliminação de diversos crimes da esfera penal, livrando de processo e propiciando a realização de acordos; a ‘despenalização de fatos’ com a adoção de processos e medidas alternativas com vistas a dificultar a aplicação de pena de prisão; a adoção de posturas ‘descarcerizadoras’ de modo a evitar a prisão cautelar; a ‘abdicação de instâncias formais na resolução dos conflitos penais’, podendo atribuir a tarefa conciliatória a juízes leigos; e a atenção especial atribuída à vítima no processo de realização dos acordos. Foram feitos elogios pela tentativa de tornar a justiça menos formal, mais democrática e acessível à população, além de possibilitar a conciliação entre as partes e a ressocialização do infrator (GRINOVER et al, 2005, p. 36 e 49/50).

Por outro lado, SHECAIRA (2013, p.273) destacou críticas contundentes, como a “maximização dos resultados, o eficientismo próprio da sociedade pós-industrial, acima do valor da justiça” proferida por Miguel Reale Júnior e a infringência ao princípio da legalidade por Cezar Roberto Bittencourt. NUCCI (2009, p. 774) sustentou, ainda, a possibilidade de violação aos princípios da intervenção mínima (subsidiariedade), da fragmentariedade e da proporcionalidade (NUCCI, 2009, p.774).

Nesse sentido, uma crítica recorrente e muito pertinente diz respeito à extensão da rede de controle penal (“netwidening”). Sustenta-se que os Juizados Especiais Criminais acabaram atraindo para o sistema penal situações e acusados que anteriormente não teriam nele ingressado, por serem casos de pequena relevância, passíveis de medidas como mera advertência policial. Relacionada à essa crítica, é apontado a questão do “não desafogamento” do sistema. Alega-se, ao contrário, o risco de sobrecarregá-lo, contribuindo, ainda, para o aumento do controle penal.

É imperioso citar, ainda, que o procedimento disposto no referido diploma legal visa essencialmente obter um resultado célere por meio da instrumentalização de formas mitigadas de punição, sem propiciar uma participação adequada dos envolvidos e uma ampliação dos espaços democráticos de consenso. Nesse sentido, são as críticas apontadas por AZEVEDO (in PALLAMOLLA, 2009, p.18):

A falta de um espaço efetivo para o diálogo entre as partes, o despreparo dos operadores jurídicos para atuar num contexto onde a mediação e o acordo eram mais importantes do que adjudicação de culpa e a redação de longas e elaboradas peças processuais, a elevação da celeridade e economia processuais como princípio que se sobrepunham ao oferecimento de serviços judiciais adequados e necessários ao propósito de pacificação das relações sociais sem o atropelo de direitos, tudo isso acabou por frustrar os propósitos mais democráticos que estiveram por trás da criação dos Juizados Especiais Criminais.

Ao encontro das reflexões supramencionadas, SICA (2008, p. 169-182) vislumbra a transação penal como um instituto que possibilita a aplicação de pena sem qualquer análise de culpabilidade do agente, sem envolver a participação da vítima e sem qualquer busca por integração social do autor dos fatos.

WUNDERLICH (2004, p. 10-11), por sua vez, apresenta possíveis razões para o que ele acredita ser o fracasso da Lei nº 9.099/95: (i) o excessivo número de conflitos e a burocratização judicial; (ii) o processo de seletividade exercido pela vítima e o ‘seu poder denunciante’: a facilidade do registro do termo circunstanciado e a obrigatoriedade do encaminhamento aos Juizados; (iii) ‘ser decisor’ e ‘ser conciliador’: o despreparo dos juízes na mediação do conflito; (iv) a ausência da vítima em audiência: criação do instituto da desistência tácita em ação penal pública; (v) conciliação infrutífera nos casos de violência contra a mulher e ausência de assistência estatal no pós-conflito; (vi) o descumprimento dos termos legais da audiência preliminar: audiências à distância e/ou coletivas; (vii) realização de audiências sem a presença do MP e as artes sem assistência jurídica; (viii) dificuldade para o arquivamento, imposição de aceitação da transação penal e ausência de critério razoável para o oferecimento da proposta; (ix) a transação penal com imposição de pena e o seu descumprimento: pena sem processo; (x) transação penal: ausência de devido processo legal, violação ao princípio da presunção de inocência e privatização da justiça.

Diante das críticas tanto com relação à existência, quanto ao funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, mas levando-se em consideração que esse sistema processual penal continua operando, é fundamental a reflexão sobre como aprimorar os potenciais apresentados pela Lei nº 9.099/95 e como superar efeitos nefastos colocados em jogo. Será que é possível uma aproximação dos valores da justiça restaurativa com os mecanismos previstos no diploma legal?

III. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa como modelo inserido no sistema judiciário de diversos países é fruto de experimentações iniciadas nos anos 1980, de modo que não nasceu de abstrações e conceitos puramente teóricos. A teoria, o conceito e valores são mais recentes, tendo sido moldados a partir da colocação em prática e adaptações de tradições de comunidades de locais distintos do globo, como as conferências de grupos familiares dos maoris da Nova Zelândia; os círculos de sentenciamento das comunidades aborígenes do Canadá; tradições e lei consuetudinária de tribos africanas (ZEHR, 2012). No mesmo sentido, MARSHALL (1999, p.7) salienta que a Justiça Restaurativa não consiste em uma teoria acadêmica única sobre

crime ou justiça; pelo contrário, representa, de uma maneira eclética, a soma das experiências atuais em trabalhar de modo bem sucedido com o crime.

Há um consenso da comunidade acadêmica de que a justiça restaurativa possui um conceito aberto e dinâmico, definindo-se por seus princípios e valores. Em linhas gerais, esse modelo traz a ideia de encontro das partes envolvidas em um conflito com o auxílio de um facilitador, com foco na reparação dos danos, na atribuição de responsabilidades e no potencial transformador das relações.

Para fins deste artigo, será adotada a definição utilizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução nº 12/2002 do Conselho Social e Econômico, por sua amplitude e aceitação em âmbito internacional:

Restorative process means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles².

A Justiça Restaurativa propõe uma mudança de visão sobre o crime, tradicionalmente entendido como uma violação às regras impostas pelo Estado, passando a focar no contexto social (Marshall³, 1999, p.5), ou seja, como um conflito entre indivíduos que gerou danos aos envolvidos e às relações sociais (Sica, 2007, p.234). Distanciando-se da visão tradicional de crime, o foco passa a ser nas pessoas envolvidas no conflito social e nos danos e necessidades geradas dessa interação. A orientação da resolução do conflito volta-se, portanto, para o futuro (Marshall, 1999), como a reparação e a possibilidade de transformação da situação futura (Zehr, 2012), e não mais para o passado, como a retribuição por ato passado, que prevalece no sistema de justiça criminal.

O modelo retributivo pauta-se por uma resposta rígida da sociedade ao crime, por meio da ação do Estado, que se apropria do conflito. O restabelecimento da ordem se dá por meio do rigor no tratamento punitivo do criminoso, negligenciando-se o réu, a própria vítima e as suas necessidades. O modelo de justiça restaurativa, por sua vez, busca retomar a relativa harmonia que precedia a violação da norma, por meio de medidas que dão atenção tanto à

² Tradução livre: Qualquer processo em que a vítima e o ofensor e, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam juntos e ativamente na resolução das questões surgidas com o delito, geralmente com a ajuda de um facilitador.

³ MARSHALL (1999, p. 5) leciona que a Justiça Restaurativa não compreende uma prática específica, mas sim um conjunto de princípios orientadores para diversas experiências de qualquer agência ou grupo em relação ao crime. Destaca os seguintes princípios³: (a) criação de espaço para o envolvimento pessoal dos principais interessados, notadamente o ofensor e a vítima, mas também seus familiares e comunidades; (b) a visão do crime em seu contexto social; (c) a resolução do conflito orientada para o futuro; e (d) flexibilidade da prática restaurativa.

vítima, como ao infrator e às demais pessoas envolvidas. Orientada pelo princípio da dignidade humana, a justiça restaurativa propõe uma resolução consensual do conflito que contemple as necessidades da vítima e do criminoso, sem perder de vista a importância da defesa da ordem, tendo em vista que objetiva a responsabilização do ofensor e busca a pacificação social.

Desse modo, o modelo restaurativo, diferentemente do modelo retributivo tradicional, pauta-se numa concepção de justiça ligada à responsabilização, com ações voltadas ao diálogo, participação e respeito entre os envolvidos. Busca a pacificação social com a mitigação do efeito excludente e estigmatizador decorrentes da mera punição do sistema penal tradicional. Enfatiza primordialmente o dano sofrido pela vítima e as necessidades dele resultantes; a responsabilização do autor dos fatos, atentando-se também para as suas necessidades; e o empoderamento das partes e de outros envolvidos, como família e membros da sociedade; e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo conflito.

Os objetivos principais da justiça restaurativa envolvem atender necessidades da vítima, em seus aspectos material, financeiro, emocional e social; estimular que o ofensor assuma responsabilidade por suas ações; e buscar a pacificação social por meio de mecanismos não-violentos (MARSHALL, 1999). O procedimento é voluntário, informal e confidencial que se preocupa com as necessidades da vítima e com a responsabilização do ofensor (Pinto, 2005, p.24/25).

Dentre os princípios norteadores do modelo restaurativo, conforme estudiosos e a Resolução das Nações Unidas, podem ser citados: a não-dominação, o empoderamento, o consentimento informado, a voluntariedade, a confidencialidade, a manutenção da presunção de inocência, o estabelecimento de regras para o encaminhamento de casos para os programas, a obediência aos limites máximos estabelecidos como sanções; a escuta respeitosa; a preocupação igualitária com todos os participantes; “accountability”/“appealability”, o reconhecimento do acordo cumprido com força de coisa julgada e o respeito aos direitos humanos da Declaração Universal de Direitos Humanos e outros documentos internacionais.

Os diversos programas existentes podem ser aplicados em várias fases do processo penal: antes da ação penal, antes do processo, depois da instrução e antes da sentença ou após a sentença (PALLAMOLLA, 2009, p.109).

Na prática, muitos programas não adotam apenas um modelo específico, podendo mesclar elementos de outros modelos e, ainda, introduzir elementos próprios da cultura local.

Os modelos contemporâneos mais debatidos são os programas de mediação vítima-infrator⁴, os encontros restaurativos com grupos familiares⁵ e os círculos restaurativos⁶, mas não são as únicas possibilidades. A grosso modo, os programas se distinguem quanto ao número e tipo de envolvidos e quanto aos métodos de facilitação. Mas a ideia central é possibilitar o diálogo entre os interessados da forma mais aberta possível, por meio de uma comunicação não-violenta e respeitosa, com o auxílio de um facilitador.

Apenas a título ilustrativo, o procedimento restaurativo pode compreender as seguintes etapas: (a) análise e escolha dos casos para submissão à justiça restaurativa; (b) reunião prévia individual com os envolvidos com convite para a participação do procedimento restaurativo; (c) encontro restaurativo; (d) pós-encontro e acompanhamento das obrigações.

Os programas restaurativos devem ser preferencialmente baseados na oralidade e relativa informalidade, devendo apenas o acordo final ser reduzido a termo e constar dos autos. Isso permite o maior envolvimento dos participantes, que se sentem mais à vontade para se expressarem, e garantem a confidencialidade do procedimento restaurativo.

O termo de acordo deve ser reduzido a termo, ser assinado pelos presentes (vítima, ofensor, facilitador e outros interessados) e conter os pontos concretos de entendimento alcançados pelos envolvidos, bem como traçar um plano de reconstrução da relação conflituosa. É fundamental que seja equilibrado, atribuindo benefícios e obrigações para as partes; e detalhado, no sentido de definir “quem haverá de fazer o quê, quando, durante quanto tempo, em que condições e com que garantias” (FERREIRA, 2006, p. 35).

⁴ A mediação vítima entre vítima e ofensor (Victim-offender mediation) consiste no encontro da vítima com o ofensor, sob a orientação de um mediador, com o objetivo de alcançar um acordo reparador. Em geral, há reuniões separadas com a vítima e com o ofensor e, após o consentimento de ambos para a continuidade da prática restaurativa, é realizado um encontro entre eles com a orientação de um facilitador para garantir o equilíbrio entre as partes e estimular o diálogo, sendo a dissuasão apenas seu caráter secundário. O resultado dos encontros entre vítima e ofensor é a assinatura de um acordo, o qual frequentemente envolve reparação de danos e restituição de bens. É possível a participação de membros da família dos envolvidos, mas possuem apenas papéis secundários neste modelo. Membros da comunidade não participam dos encontros, atuando apenas como facilitadoras ou supervisoras do acordo estabelecido entre as partes.

⁵ Nas conferências de grupos familiares (FGC – Family Group Conferencing) ocorre a incorporação de familiares e outras pessoas importantes para as partes diretamente envolvidas nos fatos. Merecem destaque: a abordagem desenvolvida pela polícia australiana com inspiração na Nova Zelândia; e o procedimento adotado pelas varas de infância e juventude na Nova Zelândia, implantada pelo governo neozelandês em 1989, com o “Children, Young Persons and Their Families Act”.

⁶ Nos círculos restaurativos (Restorative Circles), há uma expansão do rol de participantes, de modo que, além da vítima, ofensor, facilitador e possivelmente profissionais do judiciário, conta-se com a presença essencial de membros da comunidade, que podem ser convidados pelas partes ou em razão de ligação ou interesse em uma infração específica. Os participantes se reúnem em forma de círculo e cada um tem a oportunidade de falar, na ordem em que estão sentados, sendo passado um “bastão de fala”. A expansão do número de envolvidos nos encontros com a participação ativa da comunidade tende a ampliar o diálogo, envolvendo discussões acerca da responsabilidade ou contribuição da comunidade para a ocorrência do conflito, com o apoio às partes diretamente envolvidas, assim como outros assuntos de interesse da comunidade.

IV. JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: DIÁLOGO POSSÍVEL?

A normatização da justiça restaurativa no Brasil é questão controvertida entre os estudiosos, tendo em vista que a padronização dos mecanismos restaurativos, pode levar ao efeito perverso de engessamento do modelo, caracterizado por sua informalidade, dinamicidade e diversidade de programas. Por outro lado, um dos maiores entraves jurídicos para a justiça restaurativa no país diz respeito à ausência de previsão legal que a incorpore no ordenamento jurídico, especificamente na esfera penal, tendo em vista que no processo penal brasileiro vigora, como já mencionado, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal.

Diante desse quadro normativo, a justiça restaurativa no país não encontra bases para se consolidar como procedimento alternativo, limitando-se às “janelas” contidas em escassos dispositivos existentes na legislação pátria. Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal prevê, no artigo 98, inciso I, a possibilidade de conciliação e de transação para infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo. Assim, a justiça restaurativa encontra nos Juizados Especiais Criminais, notadamente nos institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, terreno para ser implementada, ainda que de forma muito limitada⁷.

Estabelecido o campo de análise desse artigo, pretende-se, sem a intenção de esgotar o tema, levantar algumas questões acerca de um possível diálogo entre o modelo restaurativo e os Juizados Especiais Criminais. É certo que a Lei nº 9.099/95 trouxe oportuna inovação ao ordenamento jurídico com a introdução do “princípio da discricionariedade regrada”, o que contribui para o desenvolvimento da justiça restaurativa, cuja proposta envolve a resolução de conflitos sem acionar a justiça penal tradicional. Porém, apenas a existência de possibilidade legal de aplicação do modelo restaurativo não justificaria, por si só, a sua utilização. Seria o espaço da Lei nº 9.099/95 adequado para a utilização das práticas restaurativas? Quais seriam os pontos positivos e negativos dessa interlocução?

Após breves considerações acerca do escopo dos Juizados Especiais Criminais e dos princípios da Justiça Restaurativa, constata-se que, ainda que os institutos e o procedimento da Lei nº 9.099/95 permitam a aplicação de práticas restaurativas, não estão propriamente

⁷ O instituto da remissão, previsto nos artigos 126 a 128, do Estatuto da Criança e do Adolescente constitui uma “janela” para práticas restaurativas ainda mais promissora, eis que pode ser concedida pelo Ministério Público ou pelo magistrado e qualquer fase do procedimento (antes do seu início e até a sentença), pode ser cumulada com medidas socioeducativas (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e medias previstas no artigo 101, incisos I a VI, do ECA) e resulta na exclusão, extinção ou suspensão do processo.

alinhados com esse modelo, em termos de valores. Os defensores do referido diploma legal enfatizam a celeridade, a informalização do processo e a eficiência (traduzida como realização do acordo e arquivamento do processo) como a própria razão de existência da lei, não havendo, por vezes, preocupação com a conciliação em si, com as partes envolvidas ou mesmo com a efetividade do que fora acordado.

Em termos de valores, é imprescindível frisar que a Justiça Restaurativa não se pauta pela celeridade e pela economia processual, que são princípios explícitos na Lei nº 9.099/95. Com a preocupação primordial na gestão consensual do conflito, o modelo restaurativo não impõe pressão sobre as partes para a realização de um acordo. É desejável as partes cheguem a um consenso e firmem um compromisso, atribuindo obrigações de acordo com as suas necessidades, mas o acordo não é considerado a principal meta.

Além disso, geralmente a prática restaurativa não se limita a um único encontro, sendo recomendável tanto a realização de reuniões individuais com os envolvidos para preparação e obtenção do consentimento para o prosseguimento na prática restaurativa, quanto encontros pós-acordo para acompanhamento das partes. Por esses motivos, o modelo restaurativo vai de encontro à celeridade que se almejou com a Lei nº 9.099/95.

Há programas restaurativos que estimulam a realização de reuniões prévias ao encontro propriamente dito, o que parece contribuir para o sucesso da justiça restaurativa. Essa fase prévia tem por objetivo informar as partes acerca dos objetivos e funcionamento do programa, além de resolver eventuais dúvidas e de estimular uma reflexão inicial acerca do encontro a ser realizado.

Outra inquietação diz respeito à voluntariedade e ao consentimento dos envolvidos para a prática restaurativa. Essa questão é imprescindível para a realização dos encontros restaurativos, não podendo em hipótese alguma ser a vítima ou o ofensor obrigados a participar do programa. Mais do que uma mera orientação, trata-se de um princípio fundamental da justiça restaurativa, tendo em vista a sua proposta básica de resolução de conflitos a partir de um diálogo e participação ativa dos envolvidos. Conforme Relatório do ILANUD (2006, p.26):

Sabe-se que a voluntariedade por completo é muito difícil porque a simples presença das partes perante a justiça já é uma forma de coação. Desta forma, entende-se que a voluntariedade pode ser garantida por meio da forma como as partes são informadas e consultadas sobre a possibilidade da realização da justiça restaurativa. É essa informação bem prestada às partes que vai subsidiar sua decisão de participar da justiça restaurativa. Para o ofensor deve-se deixar claro que ao aceitar participar da justiça restaurativa estar-se-á assumindo a responsabilidade por um ato. Para a vítima deve-se deixar claro que é uma chance e que ela pode escolher. Assim, o ofensor precisa ter o que se chama de 'consenso informado' e a vítima ter a 'chance informada'.

A realização da Medição Vitima-Ofensor (MVO), que é a que mais se coaduna com a proposta dos Juizados Especiais Criminais, depende da participação voluntária e informada de ambas as partes do processo e, no âmbito do rito previsto na Lei nº 9.099/95, apenas o instituto da composição civil dos danos prevê a participação da vítima, sendo o representante do Ministério Público, o protagonista da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, duas restrições importantes à aplicação do modelo restaurativo merecem destaque: de um lado, a limitação do escopo da composição civil (apenas reparação do dano material); e, do outro, a exclusão da vítima na gestão do conflito com o autor do dano. Para superação dessas questões, seria recomendável a incorporação do ofendido nas diversas oportunidades de conciliação, bem como a relativização da atuação do promotor de justiça nessa fase preliminar.

Um tema sensível, mas de extrema relevância, relaciona-se ao papel dos operadores do direito no procedimento restaurativo. O artigo 73, da Lei nº 9.099/95 prevê que a conciliação “será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação”. Essa disposição colide frontalmente com os valores restaurativos, que determina que o encontro seja realizado entre as partes com o auxílio de um facilitador, que é um indivíduo devidamente treinado para a tarefa de coordenar e atuar de forma imparcial nos encontros entre os envolvidos. Embora haja casos em que funcionários do sistema de justiça atuam como facilitadores, o ideal seria que esse papel fosse exercido por indivíduos não pertencentes à estrutura do Estado e preferencialmente com formação humanística.

A atuação do magistrado como conciliador e mesmo a participação do promotor de justiça impõem dificuldades para o procedimento restaurativo, especialmente por serem representantes do Estado, responsáveis pela persecução penal e pelo julgamento do autor do dano, caso o acordo não seja possível. Tanto nas práticas restaurativas, como na Lei nº 9.099/95, é enfatizado que não se busca a apuração da culpa, a qual, inclusive, não pode ser considerada para fins de persecução penal. Contudo, a mera presença do promotor de justiça e magistrado na tentativa de conciliação prejudica a relação de confiança que se tenta estabelecer entre as partes para a solução conjunta de um conflito.

Aliás, a participação do autor da infração no processo restaurativo implica certo reconhecimento de culpa, mas é necessário enfatizar que não deve ser entendida de forma alguma como prova de admissão de culpa, em caso de eventual processo judicial posterior.

Essa orientação está expressamente contida no artigo 8^o, da Resolução da ONU e vai ao encontro do princípio da presunção de inocência (artigo 5^o, inciso LVII, da Constituição Federal). Para que essa diretriz seja estritamente observada, enfatiza-se que idealmente os programas restaurativos devem ser realizados fora do ambiente judicial e não possuir um juiz como facilitador.

Com relação ao procedimento restaurativo e à elaboração do acordo, coloca-se em evidência o princípio da confidencialidade, garantindo a proteção à intimidade e vida privada dos envolvidos. Quanto a esse ponto, é pertinente lembrar que a confidencialidade também possui o condão de resguardar a presunção de inocência do autor dos fatos e garantir a independência do procedimento restaurativo com relação ao sistema de justiça comum. Isso porque tudo o que ocorrer durante o encontro não poderá ser utilizado em eventual processo judicial penal em desfavor do ofensor, como forma de assunção de culpa e para agravar sua situação.

Há experiências restaurativas que preveem a possibilidade de consulta de advogados pelo ofensor antes da proposta final, como na Austrália, e a participação e o acompanhamento efetivo de advogados nas reuniões restaurativas, caso dos Estados Unidos e Nova Zelândia (MORRIS, 2005, p.445), o que se coaduna com os institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Por fim, fazendo coro às preocupações já abordadas, SICA (2008, p.159) assevera que a Justiça Restaurativa não deve atuar como mero paliativo para a crise do sistema de justiça criminal, nem tida como mecanismo para desafogar o Judiciário e de extensão da sua malha de atuação. Sugere, portanto, medidas para evitar essa “captura”, como a adoção de critérios claros de derivação, ou seja, a previsão de quais casos são passíveis de encaminhamento, evitando-se a inclusão de casos de pouquíssima relevância social. O autor (p.235) defende a imprescindibilidade do princípio da ofensividade, a partir de uma análise concreta de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, como critério para a submissão de casos para a justiça restaurativa.

Relacionada a essa reflexão, há estudiosos que defendem que as práticas restaurativas não devem ser dirigidas a infrações de pouca gravidade, mas sim aos delitos mais graves (ZEHR, 2012; MARSHALL, 1999), seja pela limitação de recursos e a questão de custo-benefício (*cost-effectiveness*), seja pelos benefícios significativos para os envolvidos.

⁸ No original: “The victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process. Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings”

Argumenta-se que a limitação da atuação da justiça restaurativa a infrações menores pode reduzir a eficácia das medidas restaurativas, de modo que o critério a ser adotado deve prescindir da gravidade do delito, levando-se em consideração aspectos como circunstâncias, atitudes, sentimentos, motivações das partes (MARSHALL, 1999, p.25). Levando-se em consideração essa linha de pensamento, o modelo restaurativo não seria adequado para lidar com as infrações de menor potencial ofensivo.

Contudo, nem todos os conflitos cominados com pena máxima de até dois anos podem ser considerados de diminuta relevância social. Casos como ameaça, dano e lesão corporal poderiam ser resolvidos de maneira eficaz por meio do modelo restaurativo. Há pesquisas, ainda, que demonstram alto grau de satisfação dos participantes de encontros restaurativos com os acordos firmados e sugerem a possibilidade de diminuição da reincidência, ainda que este não seja um objetivo primordial da justiça restaurativa.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho partiu do diagnóstico compartilhado por cientistas sociais e penalistas acerca de um contexto de crise de legitimidade do sistema de justiça penal, caracterizado pela massiva criminalização de condutas e crescente controle do Estado sobre os indivíduos. Diante da impossibilidade do Estado de dar uma resposta aos conflitos da sociedade, surgem reformas político-criminais pautados na celeridade, eficiência e informalização da justiça, das quais a Lei nº 9.099/95 é um exemplo.

A lei apresenta-se como bem intencionada ou pelo menos incorpora no seu discurso ideias de acesso à justiça por meio da desburocratização, atenção à vítima, busca pela reparação dos danos e aplicação de pena não privativa de liberdade. Contudo, é necessário questionar em que medida os Juizados Especiais Criminais, especialmente com seus mecanismos de conciliação, incorporam valores que podem ser um contraponto ao modelo de justiça tradicional, ou se apenas contribuem para o aumento do controle social, incorporando condutas que sequer deveriam chegar ao Judiciário por ausência de ofensividade.

Partindo-se da constatação de que a Lei nº 9.099/95 admite “janelas” para a aplicação da Justiça Restaurativa, buscou-se refletir acerca de um possível diálogo em direção à incorporação no sistema brasileiro de um modelo alternativo de administração consensual de conflitos, ainda que voltado apenas para infrações de menor potencial ofensivo, o que aumenta os riscos da expansão da rede de controle penal.

A proposta da justiça restaurativa é promissora, especialmente quando comparada com o sistema retributivo de justiça. Ao lançar um novo olhar sobre o fenômeno do delito, o

modelo restaurativo oferece à vítima e ao autor dos fatos um papel de protagonismo que permite uma melhor compreensão pelas partes envolvidas das causas e dos impactos das ações, bem como a responsabilização, levando-se em consideração as suas necessidades.

A despeito das inegáveis e preocupantes críticas acerca da Lei nº 9.099/95, sustenta-se que o modelo restaurativo pode contribuir para um aprimoramento da resolução consensual de conflitos, desde que sejam adotadas medidas para evitar o desvirtuamento dos seus valores por uma lógica meramente instrumental e utilitarista.

Inicialmente, é essencial a incorporação da lógica do programa restaurativo como alternativa ao sistema tradicional e não como mero complemento ou paliativo, o que deve ser enfatizado tanto para a equipe técnica e operadores do direito, quanto para as partes envolvidas nos encontros.

Com relação aos casos submetidos à justiça restaurativa, antes do encaminhamento ao encontro restaurativo, sugere-se o arquivamento de casos de insignificância e de pouquíssima relevância social, por meio da análise do princípio da ofensividade no caso concreto, para evitar a captura desse modelo para a extensão do controle penal.

Ademais, deve ser estimulada a submissão dos casos à prática restaurativa, atendendo-se para a não imposição aos envolvidos, seja da participação na conciliação, seja na efetivação de um acordo. O diálogo respeitoso deve ser incentivado, adotando-se como foco central a responsabilização dos fatos e as necessidades das partes.

Além disso, a consolidação da equipe técnica é imprescindível para a obtenção de resultados nas práticas restaurativas, razão pela qual os programas devem dar especial atenção ao treinamento e capacitação constante dos facilitadores, bem como a avaliações periódicas dos procedimentos realizados, com análises quantitativas e qualitativas.

O último ponto a ser destacado é que para a efetiva implementação do processo restaurativo, além de uma base legislativa adequada e de estrutura física e humana adequada, é imprescindível uma cultura jurídica de aceitação de uma política alternativa ao regime punitivo tradicional. A resistência por parte das autoridades e da equipe técnica quanto ao encaminhamento de casos para os programas restaurativos podem macular a viabilidade do modelo. Na medida do possível, os mecanismos de conciliação previstos nos Juizados Especiais Criminais devem ser percebidos como uma oportunidade de mudança de política criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli. Juizados Especiais Criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da Justiça Penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 47, p. 97-110, 2001.

_____. Seis Anos de Juizados Especiais Criminais - Um Olhar Sócio-Jurídico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 107, p. 24-25, 2001.

_____. A Informalização da Justiça Penal no Brasil. *Civitas* (Porto Alegre), Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 113-124, 2001.

_____.; PALLAMOLLA, Raffella da Porciuncula. Alternativas de Resolução de Conflitos e Justiça Restaurativa no Brasil. *Revista da USP*, v. 101, p. 173-184, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

ILANUD/BRASIL – Instituto Latino Americano as Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent/ Brasil. *Sistematização e Avaliação de Experiências em Justiça Restaurativa*. Janeiro de 2006.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. *In: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. 477 p.p.163-186.

LARRAURI, Elena. Tendencias Actuales em la Justicia Restauradora. *In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca. Aquilafuente, 2004, pp.439-464.

MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: an overview*. Londres: Home Office, Information & Publications Group, 1999. Disponível online em: <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. *In: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Justiça restaurativa*. Brasília:

Ministério da Justiça: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. 477 p.p.439-475.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: RT, 2010.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. 477 p.p.19-39.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A Implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, pp. 3-36, 2007.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p.158-189, dez./jan. 2007-2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

_____. *Justiça Restaurativa Teoria e Prática*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.