

UM RÉQUIEM PARA A JUSTIÇA ESTATAL? A CRISE DE JURISDIÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA PENAL

A REQUIEM FOR STATE JUSTICE? THE CRISIS OF JURISDICTION AND THE ALTERNATIVE MEANS FOR CONFLICT RESOLUTION IN CRIMINAL MATTER

Rodrigo Sánchez Rios¹

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa²

Resumo

O presente artigo pretende abordar, a partir de uma perspectiva de declínio dos objetivos propostos pelo modelo de Estado de bem-estar social, a crise de jurisdição enfrentada no Direito contemporâneo, seja por ineficiência da máquina pública, seja pela morosidade e pelo número excessivo de processos submetidos Poder Judiciário. Em seguida, trazem-se à colação os meios alternativos de resolução de conflitos, focando principalmente nos casos penais, tanto como forma de desafogar o sistema de justiça criminal, quanto como de realizar o princípio da intervenção mínima da seara punitiva do ordenamento jurídico. Enfocando, por fim, a justiça restaurativa, demonstra-se a possibilidade de reintrodução da vítima na resolução do caso penal, possibilitando, com isso, uma forma consensual de solucionar contendas processuais, permitindo assim a ultrapassagem de um paradigma penal retributivo.

Palavras-chave: crise de jurisdição; meios alternativos; justiça restaurativa; Poder Judiciário; Direito Penal.

Abstract

Starting from the decline of the goals proposed by the welfare state model, this article intends to approach the jurisdiction crisis faced by contemporary law, either because of the inefficient public administration or because of the slowness and the lawsuits overload in the Judiciary Power. Then, alternative means of conflict resolution are studied as a way to relieve the criminal justice system and to achieve the principle of minimum intervention for the penal law in legal order. Finally, the restorative justice is shown as another possibility of bringing back the victim to take part in the discussion, as a form of resolving conflicts with an agreement between parties, which leads to overcoming the retributive paradigm.

Keywords: jurisdiction crisis; alternative means; restorative justice; Judiciary Power; Criminal Law.

¹ Doutor em Direito Penal pela Università degli Studi di Roma. Professor de Direito Penal da PUC – PR. Advogado criminalista. Email: rodrigo@sanchezrios.com.br

² Mestrando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Email: victorsilva.costa@yahoo.com.br

Agradecemos à acadêmica Renata Amaral Farias pela pesquisa desenvolvida em prol da escrita deste artigo.

Sumário: Introdução; 1. A crise do Estado social; 2. A nova relação entre Estado e Sociedade; 3. A tentativa de afastar a jurisdição dos casos menos graves na esfera criminal; Considerações finais.

Introdução

A conflituosidade ínsita à estrutura punitiva é constantemente ignorada pela política criminal da atualidade. No entanto, sempre existiu e é fruto da convivência em sociedade. Se, antes da centralização do exercício da jurisdição por parte do Estado, houvesse uma contenda entre dois particulares, e um resistisse à pretensão do outro, a solução deveria ser obtida pelas próprias partes envolvidas, por meio da autotutela. Não havia um órgão com autoridade para fazer cumprir o direito, somente o mais forte sairia prevalecido, independentemente de ter razão ou não. No âmbito criminal, os delitos eram punidos pela vítima ou por seus representantes, consistindo em uma verdadeira vingança privada.³

A partir da formação dos Estados modernos, restringiu-se a liberdade dos particulares a fim de garantir-lhes o bem-estar e a segurança, bem como de conferir tratamento igualitário aos mais fortes e aos mais fracos – cujos interesses dificilmente seriam atendidos no regime da autotutela. Nesse contexto, o ente público central tomou para si o exercício da jurisdição e passou a analisar os conflitos sociais de maneira objetiva, para então impor às partes a solução justa segundo a lei, fruto de sua potestade legislativa. Aos crimes, seriam cominadas penas de acordo com a conduta praticada e somente com a realização de um processo judicial (*nulla poena sine iudicio*).⁴

O Poder Judiciário já não suporta o contingente de demandas propostas e de conflitos sociais sob sua responsabilidade. A crise de legitimidade do sistema de justiça criminal contemporânea há muito ultrapassa o mero plano da abstração teórica para se tornar visível em todos os aspectos da vida cotidiana. Consequência dessa constatação é que o *direito penal real* – praticado diariamente tanto por meio da política criminal, no Congresso Nacional, quanto na prática diuturna do foro – já se encontra muito afastado daquele *direito penal racional*, pensado pela dogmática crítica, com todas as garantias e prerrogativas a ele inerentes.

A nova relação entre Estado e sociedade, verificada com a crise do *welfare state* e com a ascensão (e atual declínio) do neoliberalismo, fez surgir uma forma de atenuar os

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 26-29.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 37-38.

problemas estruturais do sistema de justiça: o movimento de transferência das funções classicamente desempenhadas pelo Poder Público para o domínio particular. Embora no campo jurídico esse deslocamento tenha sido modesto, ele representa uma mudança da mentalidade de que somente o Estado poderia garantir a imparcialidade necessária para se alcançar uma decisão supostamente justa. Assim, foram concebidos meios alternativos para resolver conflitos, principalmente com relação aos chamados direitos disponíveis.

O escopo deste trabalho é, portanto, analisar essas novas formas de resolução dos casos penais que diminuam o tempo do processo e o trabalho empenhado durante o seu trâmite. A edição da Lei 9.099/95 trouxe para o ordenamento jurídico formas inovadoras para tratar os chamados delitos de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos), retirando-os da competência da Justiça Comum. O referido diploma legal, pautado pela informalidade e pela celeridade, criou dois institutos capazes de encurtar e até mesmo suprimir o processo penal: a transação penal (aplicação imediata de pena mediante acordo com o acusado) e a suspensão condicional do processo (levantamento do trâmite processual por um período de dois a quatro anos, desde que o acusado aceite cumprir certas obrigações). Como se pode perceber, a jurisdição não é completamente rechaçada, somente se limita sua atuação.

Na doutrina, também como forma de se tentar diminuir a ingerência estatal do controle penal, e, conseqüentemente, conter sua irracionalidade expansiva, desenvolveu-se o princípio da intervenção mínima, composto pela fragmentariedade e pela subsidiariedade. A primeira propõe a criminalização somente dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes; a segunda, por sua vez, defende a intervenção do Direito Penal só em situações nas quais as demais áreas da repressão oficial não sejam suficientes.

Por fim, faz-se uma análise do paradigma restaurativo, cuja finalidade é criar um diálogo entre as partes envolvidas no conflito (autor, vítima e comunidade) para encontrar uma solução e reparar o dano causado. Em oposição, o sistema de justiça tradicional adota o modelo retributivo, no qual se busca, por meio do processo penal, simplesmente apurar a culpa e aplicar castigos. Nos chamados círculos restaurativos, a comunicação entre as partes é feita dentro do Poder Judiciário, mas sem todas as formalidades do processo, e sem a imposição de uma sentença judicial. Os próprios ofensores devem, voluntariamente, assumir a responsabilidade, e as vítimas podem se expressar livremente e sugerir uma forma de reparar os danos sofridos.

O presente estudo busca demonstrar que a mudança na relação entre Estado e sociedade, com a transição de diversas esferas anteriormente sob o domínio do Poder Público para os particulares, também afetou o judiciário. O volume de processos nas varas

e Tribunais evidenciou a necessidade de novas formas para a resolução de conflitos, alternativas à jurisdição tradicional. Para o Direito Penal, no entanto, não há como prescindir do controle estatal, mas é possível contornar a demora e simplificar os procedimentos, até como forma de contenção e racionalização deste que é o ramo de intervenção estatal mais radical na vida dos indivíduos⁵, “*remédio sancionador extremo*”⁶ do controle do intolerável.

1. A crise do Estado social

A discussão acerca dos motivos que levaram a decadência do Estado social (de bem-estar, Estado-Providência ou *welfare state*) demanda uma avaliação inicial das causas e do momento de sua origem. Esta temática é objeto de controvérsias entre os principais autores que se dedicaram ao assunto. Para Rosanvallon, suas bases remontam ao surgimento do Estado Moderno (séculos XVI e XVII), justamente pelo fato de ser este um verdadeiro Estado-Protetor, o qual se institui para defender a população e garantir os direitos fundamentais à vida e à propriedade. O Estado-Providência, assim, representaria uma continuação do Antigo Regime, mas com a finalidade de assegurar também a redistribuição de renda, prestação de serviços públicos, mediação das relações entre trabalho e capital, etc.⁷

No entendimento de Bobbio,⁸ por outro lado, não se pode atribuir o nascimento do Estado social a um período anterior ao século XX. Isso porque, até então, qualquer medida assistencialista retirava do assistido seus direitos civis e políticos, não havendo a ideia de um direito subjetivo do cidadão a ser garantido pelo Estado. Exemplo disso é a criação da nova lei dos pobres instituída na Inglaterra em 1834,⁹ segundo a qual, para ter garantida a sua subsistência, o indivíduo deveria abdicar da própria liberdade e se submeter a condições degradantes nas chamadas *Workhouses*. Dessa forma, somente com o advento do século XX é que o assistencialismo não implicava qualquer restrição aos

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

⁶ ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981, p. 31. Cf. BATISTA, *op. cit.*, p. 87.

⁷ MORAIS, José Luis Bolsan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crise do welfare state e hipertrofia do Estado Penal. *Direito, Estado e sociedade*. n. 41. jul/dez 2012, p. 109-110.

⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 416.

⁹ Os pobres (adultos, crianças e idosos) poderiam procurar as *Workhouses*, onde teriam assegurados moradia, trabalho e educação. Tais garantias, no entanto, acabaram se mostrando extremamente custosas, posto que os indivíduos eram submetidos a situações aviltantes: usavam uniformes semelhantes aos de prisioneiros, tinham uma rotina rígida, deveriam realizar trabalhos repetitivos e maçantes, e, sobretudo, eram separados de suas famílias devido à estrita categorização das pessoas para cada tipo de ofício.

direitos civis e políticos dos cidadãos, pelo contrário, servia como complementação a tais garantias.

O Estado social conforme a definição de Wilenski,¹⁰ é aquele cuja função consiste em garantir a todo cidadão padrões mínimos de renda, nutrição, saúde, moradia e educação, como direitos políticos, e não como caridade. Todavia, a característica distintiva deste tipo de Estado em relação aos demais refere-se, principalmente, à reivindicação do povo pela intervenção estatal com o escopo de melhorar as condições sociais.¹¹ Busca-se, com isso, superar a desproporção entre a igualdade política e a desigualdade social por meio de uma transformação na superestrutura.¹²

O *welfare state* tornou-se uma importante fonte de pacificação social das democracias capitalistas no período pós-guerra, consistindo basicamente: na obrigação do Estado em assistir a população sujeita a determinadas necessidades ou aos riscos inerentes à sociedade de mercado; e no reconhecimento do papel dos sindicatos, importante tanto para a barganha coletiva quanto para a criação de políticas públicas. Estes dois componentes estruturais do Estado de bem-estar são considerados capazes de limitar e mitigar o conflito de classes, equilibrar as relações assimétricas de poder entre trabalho e capital, e superar as contradições do liberalismo, tornando-se uma solução política para os problemas sociais enfrentados na época.¹³

O grande mérito da aproximação entre Estado e sociedade foi a realização material de preceitos estabelecidos abstratamente nas constituições nacionais e a sua plena incorporação à consciência da comunidade. Desse modo, quando a chegada da crise forçou o Estado a realizar cortes de benefícios assistenciais, houve forte reação popular, não apenas pelo fato de se estar derrubando um sistema constitucionalmente estabelecido, mas também pela experiência de sua concretização por meio de políticas públicas.¹⁴

É inquestionável a existência de um Estado social, cuja implantação, diga-se de passagem, foi muito bem aceita; no entanto, face à crise econômica e financeira no final dos anos 60, questiona-se a dificuldade em mantê-lo e os elevados custos necessários para por em prática seus preceitos.

¹⁰ WILENSKY, Harold L. *The welfare state and equality: structural and ideological roots of public expenditures*, Berkeley: University of California Press, 1975, p. 1. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=5zaa84FFNLwC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 8 de abril de 2015.

¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 416.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 185.

¹³ OFFE, Claus. *Contradictions of the welfare state*, London: Hutchinson & Co., 1984, p. 147.

¹⁴ ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74.

São diversas as explicações para apontar as causas do declínio do Estado de bem-estar, cabe aqui expor algumas delas. Uma leva em consideração elementos sócio-culturais e políticos e a outra analisa os fatores econômicos responsáveis por sua ruína.

Rosanvallon¹⁵ parte do pressuposto de que o Estado-Providência entra em crise devido a três diferentes problemas. O primeiro diz respeito à igualdade como fim social, pelo fato de tal valor ser inatingível (dentro de um sistema capitalista) e indesejado (pela valorização do individualismo), restando ao Estado somente a diminuição das desigualdades. No entanto, após ter atingido certo patamar, a igualdade perde espaço para outras demandas (como a segurança pública¹⁶, por exemplo) e não parece mais ter o respaldo social de antes. O segundo problema surge a partir do momento em que o Estado institucionaliza a proteção social, tomando para si atribuições anteriormente dependentes da interação direta entre os cidadãos, alterando a sociabilização por uma espécie de solidariedade automática. Em terceiro lugar está a crise do compromisso social keynesiano. O compromisso social firmado no Estado de bem-estar deixa de ser cumprido devido ao esgotamento dos recursos estatais, razão pela qual se torna alvo de duras críticas.

Partindo de outro viés, a explicação econômica para o declínio do Estado social está na crise fiscal e no déficit público. Ambos demonstraram uma incompatibilidade natural entre as duas atribuições do Estado assistencial: fortalecer o consenso e a lealdade para com o sistema das grandes organizações de massa; e possibilitar a acumulação capitalista com o emprego anticonjuntural da despesa pública. O inicial equilíbrio e a coexistência pacífica entre o Estado e a sociedade não mais se sustentam, tornaram-se elemento de uma crise que poderá levar à eliminação de um desses polos.¹⁷

Outra questão importante originada pela crise econômica e financeira foi o surgimento de uma insegurança acerca do futuro do *welfare state*, por basicamente duas razões. Uma territorial, pois os países periféricos foram os mais afetados pela crise, já que

¹⁵ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

¹⁶ Frise-se que a segurança pública, aqui, aparece como discurso declarado do direito penal oficial. Enquanto retórica, a proteção social supostamente se dirigiria a toda sociedade. Entretanto, na prática excludente, apenas é direcionada aos detentores do poder econômico, em um modelo próprio de Estado de Polícia. Enquanto isso, para aqueles que apresentam ameaças ao *status quo* das classes privilegiadas, obscurece-se a função latente de repressão pura e simples às classes menos favorecidas, consideradas perigosas aos que têm capacidade de adquirir patrimônio. Reafirma-se aqui a seletividade, como também a crise de legitimidade do sistema penal. Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Cf. também WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 418.

adotaram esse modelo de Estado tendo economias frágeis; e outra temporal, pelo fato de ter durado pouco tempo, menos de quarenta anos, a concessão de benefícios sociais também subsistiu por um período relativamente curto se comparado à vida média do cidadão (e ao prazo de pagamento de muitas hipotecas feitas para custear moradias).¹⁸

À vista disso, serão apresentadas a seguir algumas das diversas implicações do declínio enfrentado pelo Estado social, quais sejam, o insucesso da plena integração entre Estado e sociedade e a consequente transferência de certas áreas por ele controladas para o setor privado.

2. A nova relação entre Estado e sociedade

Conforme o anteriormente exposto, percebe-se uma mudança na dinâmica entre Estado e sociedade no final do século XX, principalmente com o repasse de funções tradicionalmente desempenhadas pela Administração Pública para a iniciativa privada. Não se trata de uma volta à separação estabelecida pelo liberalismo, no qual havia total abstenção estatal sobre a esfera particular dos indivíduos, salvo para assegurar-lhes a liberdade e a propriedade, em um modelo próprio de Estado de polícia.

A seguir, serão melhor delineadas quais funções se afastaram do controle estatal, passando a ser exercidas diretamente pela sociedade. O foco do presente trabalho, no entanto, é analisar quais as consequências dessa mudança de papéis para o Poder Judiciário, em especial para a justiça criminal.

2.1. A transferência de funções do Estado para a sociedade civil

Desde certo tempo, tornou-se visível o afastamento de determinados setores que anteriormente se encontravam sob o controle estatal. Importantes serviços públicos, característicos do Estado prestacional, deixaram de ser realizados pelo Poder Público, tais como: o fornecimento de energia elétrica, de água, de meios de transporte etc. A ciência e a tecnologia também foram se desprendendo do domínio público, seja por desinteresse político seja por escassez de recursos, para se desenvolverem no setor privado, o que contribuiu em muito para a delegação das funções estatais à sociedade.¹⁹

Mormente no campo da economia, é fácil visualizar a nova conformação do Estado para tentar corrigir as falhas e controlar o mercado. Diferentemente dos modelos

¹⁸ ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74.

¹⁹ ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79-81.

liberal e assistencialista, a atuação estatal deixa de interferir diretamente no mercado e passa a fazê-lo por meio da regulação, determinando o condicionamento normativo da atividade econômica privada.²⁰

A administração da justiça, por sua vez, até então tida por indisponível por parte do Estado, é um setor que aos poucos tem passado para a esfera privada. Com o aumento desenfreado da propositura de ações, o Judiciário se tornou ineficiente e custoso, principalmente para o cidadão que busca fazer valer seus direitos. Nesse contexto, a sociedade viu a necessidade de criar outras formas de resolver conflitos e propor demandas, para não ter de suportar os ônus inerentes a um processo judicial.

2.2. O caso do Poder Judiciário: a ampliação dos meios alternativos para a resolução de conflitos

A partir do raciocínio desenvolvido, passa-se agora a analisar as consequências da diminuição do controle estatal sobre um setor específico que, anteriormente, era por ele monopolizado. A jurisdição, embora represente um dos três poderes constituintes do Estado, está igualmente ultrapassando o limite do público e adentrando a esfera privada. Claro que este movimento é muito menor e mais limitado se comparado ao ocorrido com a economia e com os serviços públicos; até porque, já na formação dos Estados Nacionais, o movimento foi diametralmente oposto, período em que se buscou retirar a administração da justiça das mãos dos particulares e delegá-la ao Poder Público²¹.

De acordo com Esteve Pardo,²² é possível perceber uma retirada da incidência estatal no âmbito judicial, devido a duas razões. A primeira refere-se à introdução e generalização de instrumentos como a realização de acordo entre as partes (sobretudo no âmbito do direito penal) e a obrigatoriedade de audiências de conciliação; trata-se da

²⁰ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 34-35.

²¹ Apenas para fins informativos, na Idade Média (sobretudo entre os séculos XI e XIII), antes da conformação moderna dos Estados Nacionais centralizados, predominava na Europa um modelo, de origem germânica, chamado, por Sbriccoli, de *Justiça Negociada* – aplicável principalmente para crimes de maior gravidade – em que a vingança da vítima era tida por direito. A lógica desse período consistia em se admitir que, nos crimes envolvendo pessoas, o ressarcimento do dano causado pelo delito deveria ser pleiteado pela própria vítima. Todavia, tal não poderia ser desproporcional nem inconveniente, tal qual a lei de talião, como a primeira vista possa parecer. Mediadores eram mobilizados, não se excluindo o recurso a um árbitro. A ideia imperante nessa época, ao contrário do que comumente se pensa, é a de que, em se considerando o delito uma ofensa, importa antes a reparação do dano ao ofendido do que a punição de seu agressor, não sendo o *status quo* restaurado. Tal satisfação via-se operacionalizada pelo instituto da negociação fundada em uma justiça comunitária baseada no *consenso* e não no conflito. Vide SBRICCOLI, Mario. *Justiça Criminal*. Trad. de Ricardo Sontag. *Discursos sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Ano 15, n. 17/18, 2010, pp. 459-460.

²² ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 112-113.

inserção de mecanismos de caráter contratual, a fim de evitar a intervenção do órgão jurisdicional. Aos magistrados, nesses casos, reserva-se a função de supervisionar tais acordos e zelar pelas garantias processuais e pelos direitos fundamentais expressos na Constituição.

A segunda diz respeito à renúncia da jurisdição, caso em que se retira do Estado a função de ministrar a justiça. Os principais meios de se evitar a via judicial para resolver conflitos são a mediação e a arbitragem: a inovação percebida não está simplesmente na criação desses mecanismos, mas sim na postura do Estado e do legislador, os quais não só incentivam essas práticas alternativas como também obstaculizam o acesso ao Judiciário (com o aumento das custas judiciais, por exemplo).

Todavia, somente a segunda razão efetivamente “privatiza” o exercício da jurisdição e está limitada à discussão de direitos patrimoniais disponíveis. O acordo entre as partes e a tentativa de conciliação sempre pressupõem a atuação do órgão jurisdicional, ainda que de maneira reduzida, permitindo maior discricionariedade aos cidadãos e contribuindo para a desoneração do Poder Judiciário. Mesmo não se tratando de uma verdadeira fuga do domínio estatal, é possível entender o acordo e a conciliação no direito criminal como formas de abreviar o caminho da resolução dos casos penais.

A chamada Pirâmide da Solução dos Conflitos, desenvolvida por Cintra,²³ esboça um modelo capaz de filtrar controvérsias, cabendo à justiça somente resolver aquelas nas quais as partes não cheguem a um acordo. A intenção do autor é criar instâncias fora do Judiciário que permitam aos envolvidos conciliarem seus interesses, principalmente quando as questões forem menos complexas, para as quais seria pouco razoável a atuação de um magistrado. A referida Pirâmide é composta por doze degraus,²⁴

²³ “A ideia global da ‘Pirâmide da Solução dos Conflitos’ é criar uma série de estágios onde autor e réu, melhor dizendo, os contendores, ainda sem serem caracterizados como autor e réu, numa forma amical e, portanto, não-adversarial, ouçam um ao outro com o auxílio de um terceiro pacificador, moderador, mediador, árbitro ou conciliador. Nossa esperança e nossa certeza traduzem-se na ideia de que dessa proximidade física e negocial nasçam laços de empatia e, assim, desarmem-se os espíritos, fazendo com que um e outro, os contendores, descubram de fato o verdadeiro motivo pelo qual agem daquela maneira determinada. [...] O que se espera finalmente da eficiência da Pirâmide é que, reste resolvida boa parte dos conflitos, desde o acesso aos primeiros degraus – havendo, ainda, dez oportunidades, dez degraus onde isso poderá ocorrer. Desta maneira, ‘subirá’ aos fóruns e Tribunais, (colocados no topo da Pirâmide), uma quantidade residual de conflitos, agora propriamente chamados de ações. Ainda assim, em duas etapas judiciais (a nona e a décima primeira), continuará havendo espaço para a conciliação, aos cuidados de um terceiro que não o juiz.” CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. A pirâmide da solução dos conflitos. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 76-77.

²⁴ Os estágios da Pirâmide são os seguintes: a) Primeira fase – a intimidade do cidadão; b) Segunda fase – o núcleo familiar; c) Terceira fase – a negociação; d) Quarta fase – o pacificador; e) Quinta fase – o moderador; f) Sexta fase – o mediador; g) Sétima fase – o árbitro; h) Oitava fase – o juiz de paz conciliador; i) Nona fase – 1ª instância judicial, processo aos cuidados do terceiro conciliador; j) Décima fase – 1ª instância judicial, sentença; l) Décima primeira fase – 2ª instância judicial, processo aos cuidados do

cada um representando uma fase pela qual se pode optar para solucionar litígios; sendo apenas dois deles (o décimo e o décimo segundo) parte do sistema judicial.

Originariamente, a pirâmide foi pensada para resolver conflitos da área cível, mas nada impede que suas premissas sejam transportadas para solucionar controvérsias entre autor e vítima de um crime. A efetiva prestação jurisdicional para os crimes de menor e de mediana gravidade, também tem sido objeto de preocupação na seara da administração da justiça. O próprio Presidente da Suprema Corte do país, Min. Ricardo Lewandowski, tem alertado para as limitações concretas do Poder Judiciário para atender as inúmeras demandas dos cidadãos na solução de conflitos inerentes ao convívio social. Os dados divulgados pelo magistrado - apoiado na tese de Cintra²⁵ - demonstram a necessidade de superar uma cultura de litigiosidade em favor de um movimento de conciliação e pacificação.

Resta claro que tais argumentos não implica na defesa e aplicação desses métodos alternativos no julgamento de todo e qualquer crime. Deve-se recorrer a tais mecanismos com o intuito de não onerar ainda mais a Justiça com fatos de pequena gravidade, tais como os delitos de menor potencial ofensivo ou casos nos quais não haja violência contra a pessoa. Nesse sentido, será feita uma análise de dispositivos presentes no ordenamento com a função abreviar o processo e dar maior celeridade à resposta jurisdicional.

3. A tentativa de afastar a jurisdição dos casos menos graves na esfera criminal

3.1. Juizados Especiais Criminais

A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei 9.099/95 demonstra uma clara intenção legislativa em descongestionar a justiça comum e dar tratamento específico a delitos de pequena monta. Tal pretensão, contudo, mostrou-se totalmente equivocada; não houve diminuição do volume de trabalho nas varas criminais, mas sim a criação de um incentivo à propositura de novas ações penais para processar infrações de baixa reprovabilidade.²⁶

terceiro conciliador; m) Décima segunda fase – 2ª instância judicial, decisão colegiada. CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A pirâmide da solução dos conflitos*. Brasília: Senado Federal, 2008.

²⁵ Vide Boletim de Notícias do STF veiculado em 28 de novembro de 2014.

²⁶ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 378.

Apesar das dificuldades, a nova lei trouxe diversos institutos para simplificar e, em alguns casos, inclusive abreviar o processo, desobrigando o Estado de julgar as ações até o fim.

Diante disso, é necessário fazer uma ressalva: embora não exista a possibilidade de abdicar completamente da jurisdição na esfera penal – diferentemente da cível –, as válvulas de escape estabelecidas na Lei 9.099/95 representam uma forma de diminuir o acúmulo de processos e dar às partes certa autonomia na decisão dos casos penais. Talvez o termo “privatização” seja um pouco radical, na verdade houve realmente uma transição moderada de poder dos juízes para as partes; porém, essas situações ainda são muito restritas e insuficientes para efetivamente aliviarem a carga de trabalho do Judiciário.

A própria delimitação da competência dos Juizados Especiais já reduz, em tese, os crimes a eles submetidos. São os chamados delitos de menor potencial ofensivo: *contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*. Desse modo, percebe-se o fato de as referidas infrações penais não possuírem gravidade elevada e poderem deixar de ser apreciadas até o final pelo Judiciário.

Obviamente não se quer aqui defender a ampliação dos institutos limitadores da atuação jurisdicional para todo e qualquer crime. É necessário observar a gravidade da conduta praticada, bem como os direitos e garantias do acusado – nem sempre respeitados no âmbito dos Juizados Especiais.²⁷ O afã, tanto do magistrado quanto do Promotor, de acelerar e resolver de uma vez o caso penal acaba muitas vezes prejudicando o acusado, o qual se vê pressionado a aceitar acordos que nem sempre lhe são favoráveis.

A transação penal é um exemplo clássico de acordo no ordenamento jurídico brasileiro e está prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95, *in verbis*: “*havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta*”. Ela não só é incentivada no âmbito dos Juizados como também é considerada direito subjetivo do réu. Isto é, caso

²⁷ “Isso agudizou a crise identitária do Direito Penal, e, por consequência, a própria crise do bem jurídico. Processualmente, absurdos atropelos de direitos e garantias fundamentais são cometidos em nome da informalidade e eficiência (leia-se: utilitarismo antigarantista).

Mais grave ainda é a relativização da presunção de inocência e de todo o rol de direitos e garantias que fundam o devido processo penal. Em geral, os juízes e turmas recursais operam a partir de uma equivocada e inconstitucional lógica de que, se o fato é de menor gravidade (e a sanção também), haveria um menor nível de exigência probatória e rigor formal. Isso está completamente errado.” LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 378.

ausentes as circunstâncias do §2º e incisos do artigo 76 da referida Lei,²⁸ é imperativo que a acusação proponha a transação penal.

Conforme a própria redação do dispositivo legal, saliente-se, o Ministério Público não poderá oferecer o acordo em situações nas quais deveria ser arquivado o termo circunstanciado. Isso porque, só será legítima a utilização do instituto se estiverem presentes as condições da ação (suspeita de autoria, legitimidade da parte, justa causa, e punibilidade concreta). A informalidade e o utilitarismo reinantes no contexto dos Juizados Especiais não significam permissão para atropelar as garantias e direitos fundamentais do acusado, e nem poderiam, sob pena de se estar criando verdadeiro tribunal de exceção.

O entendimento de que a transação é um direito subjetivo do réu gerou uma mudança de interpretação da Lei, cuja permissão englobaria somente os casos de ação penal pública incondicionada. Assim, com a nova percepção dos juristas, passou-se a aceitar a transação penal também para delitos processados mediante queixa-crime.²⁹

Outro instituto criado para evitar o trâmite processual completo e economizar tempo e recursos da Justiça é a suspensão condicional do processo. Ela está prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, cuja redação determina a possibilidade de suspender o processo por 2 a 4 anos, caso estejam presentes certos requisitos.

A aplicação deste benefício está sujeita às seguintes condições: a) pena mínima cominada igual ou inferior a 1 ano; b) o acusado não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime; e c) estarem presentes os requisitos da suspensão condicional da pena. O instituto pode ser aplicado inclusive nos delitos não abarcados

²⁸ § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

²⁹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PROCURADOR-REGIONAL DA REPÚBLICA. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. [...] INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CABIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL.

[...]

VIII - *Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta de transação penal deve ser feita pelo querelante.* (Precedentes do STJ). Rejeição da preliminar relativa à extinção da punibilidade em razão da decadência. Rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa ad causam do querelante. Exordial acusatória rejeitada em relação ao crime de calúnia majorada. Queixa-crime rejeitada quanto ao delito tipificado no art. 140 c/c art. 141, inciso III, do Código Penal. Recebimento da queixa sobrestado em relação ao tipo inscrito no art. 139 c/c art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, tendo em vista a possibilidade de proposta de transação penal (ex vi do art. 72, da Lei nº 9.099/95). (grifo nosso) (STJ - Apn: 390 DF 2004/0163560-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 01/06/2005, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 08/08/2005 p. 175 LEXSTJ vol. 193 p. 245 RSTJ vol. 194 p. 21)

pela definição de menor potencial ofensivo. Na hipótese de o réu aceitar o acordo proposto pelo Ministério Público, ele deverá cumprir determinadas obrigações, sendo algumas delas descritas no próprio tipo penal e outras aplicadas a critério do magistrado.

Assim como a transação penal, a suspensão condicional do processo é direito subjetivo do réu, sendo obrigatória a sua proposição quando preenchidos os requisitos exigidos em lei. Entendimento este corroborado pela súmula 696 do Superior Tribunal de Justiça: *reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.*

A suspensão condicional do processo é cabível nos crimes de ação penal privada; o seu oferecimento, no entanto, deve partir do querelante. Caso ele opte pelo prosseguimento da ação penal, mesmo quando preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício, irá se constatar a falta de um entendimento pacificado acerca de como proceder. Diversos autores afirmam que nada pode ser feito; outros defendem a atuação do juiz para garantir o direito subjetivo do réu, devendo, ele mesmo, fazer a proposta.³⁰

Ao final, cumpridas todas as condições impostas e passado o período estipulado no acordo, extingue-se o processo, evitando-se a reincidência e os maus antecedentes.

Ambos os acordos são meios evidentes de superar a demora e de diminuir o volume de processos que tramitam Justiça. Não há, como já mencionado, declínio da jurisdição. Nada obstante, defende-se no presente trabalho o desenvolvimento de novas formas de resolução de conflitos criminais de pequena monta (tais como as contravenções penais) pela própria sociedade, sem envolver o aparato Estatal.

3.2. O princípio da intervenção mínima – criações doutrinárias para selecionar condutas que efetivamente merecem passar pelo Judiciário

Seria temerário permitir que o Direito Penal fosse aplicado a condutas indeterminadas, sem qualquer critério de seletividade⁰. Pela doutrina, foi traçado um limite para a criminalização a partir do conceito de bem jurídico, na definição de Roxin.³¹

³⁰ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 977.

³¹ Tradução livre do original: “Se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.” (grifos no original) ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In:

bens jurídicos são realidades ou fins necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a persecução de tal fim.

O conceito acima parece dizer respeito a valores imateriais; todavia, com um raciocínio mais aprofundado chega-se à conclusão de que, se fossem efetivamente abstratos, tais valores jamais poderiam sofrer lesões. Os bens jurídicos são, na verdade, entidades concretas, empíricas, consideradas importantes no meio social – o que não se confunde com a realidade material, isto é, com objetos físicos dignos de proteção pela lei penal.³² Assim, a proteção da ordem econômica, da incolumidade pública, da paz pública são exemplos de elementos indeterminados e que, por esse motivo, não se enquadram na ideia de bem jurídico.³³

A área criminal sempre foi tida como um ramo suplementar do direito, isto é, somente as condutas lesivas aos bens jurídicos mais importantes seriam merecedoras de pena. As opções político-criminais do legislador selecionam quais deles serão protegidos pela norma penal (por exemplo: a vida; a integridade e a saúde corporais; o patrimônio; a honra; a liberdade individual; a sexualidade; a Administração Pública; etc.).³⁴

Além dos bens jurídicos – critério de criminalização e objeto da proteção penal³⁵ – devem ser observados outros impedimento à expansão desenfreada do Direito Penal. Também se discute a justificação democrática³⁶ da tipificação de condutas, previamente à análise da existência ou não de um bem jurídico digno dessa proteção. O objeto de

HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

³² ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 447.

³³ “Tampoco han de ser reconocidos como bienes jurídicos aquellos objetos de abstracción inaprensible. El legislador alemán, por ejemplo, pune ciertas formas de conducta cuando son ‘adecuadas’ para ‘perturbar la paz pública’. Con lo anterior no se describe un bien jurídico suficientemente concreto. La exigida ‘adecuación’ precisa un juicio de valor insuficientemente fundado empíricamente. Para conseguir una solución racional susceptible de ser fundamentada de modo convincente ha de renunciarse a estos vagos conceptos generales y constatarse si tales preceptos pretenden prevenir una auténtica amenaza para la seguridad o sólo persiguen la protección de tabúes o sentimientos.” ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 452.

³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juez. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 5.

³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juez. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 17.

³⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 453-454.

estudo da presente seção, entretanto, será o princípio da intervenção mínima, invenção doutrinária composta pelas características da fragmentariedade e da subsidiariedade.

O primeiro limite ao Direito Penal é a sua característica fragmentária. Isto é, só se pode intervir em situações excepcionais e isso é justamente o que distingue a seara criminal das demais disciplinas jurídicas.³⁷ Apenas a caracterização de um valor como bem jurídico não é suficiente para demonstrar a necessidade de sua proteção; deve-se levar em consideração também a materialidade e a gravidade do ataque. Por conseguinte, a simples agressão a um bem jurídico não é capaz de legitimar uma automática criminalização; o verdadeiro fator determinante para justificar a tipificação de uma conduta é seu potencial lesivo.³⁸

A segunda característica, a subsidiariedade, restringe a atuação do Direito Penal somente àquelas condutas que não podem ser devidamente resolvidas nos demais âmbitos do controle social.³⁹ A criminalização não é necessária quando outros meios são capazes de produzir de maneira mais eficiente a prevenção que se espera da pena, mesmo se o bem jurídico tiver certa relevância.

Por exemplo, num caso de inadimplência de aluguel, é muito mais eficaz ajuizar uma ação de despejo, sendo absolutamente dispensável a intervenção do Direito Penal.⁴⁰ Houve, na verdade, uma conduta com lesividade extremamente baixa, sendo desnecessária e injustificada sua tipificação.⁴¹ A mera importância do bem jurídico (patrimônio), nesse sentido, não é suficiente para apoiar a criação de um tipo penal.

Embora seja este um entendimento majoritário entre doutrinadores e profissionais atuantes na área, a aplicação efetiva da subsidiariedade não se verifica na prática. O Direito Penal como *ultima ratio* é mera utopia, são vários os exemplos que corroboram tal constatação. A responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais⁴² é totalmente contrária ao princípio da intervenção mínima, as penas restritivas de direitos e multas podem muito bem ser aplicadas administrativamente. Da mesma forma, ao tipificar meras infrações tributárias – desvinculadas de outras

³⁷ BUSATO, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56-59.

³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general* – Tomo I. Madrid: Civitas, 2006, p. 65.

³⁹ BUSATO, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60.

⁴⁰ “[...] Não se pode falar de necessidade de intervenção do Direito Penal para cobrar uma inadimplência de aluguel quando as medidas civis de despejo se provam mais eficientes e menos custosas.” BUSATO, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60.

⁴¹ BUSATO, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61.

⁴² Nesse sentido: “En otros casos – p.ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente – los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual.” ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general* – Tomo I. Madrid: Civitas, 2006, p. 66.

modalidades delitivas como o da falsidade ideológica ou material, da organização criminosa entre outras - o Direito Penal passa a ser utilizado como forma de intimidar o contribuinte, por meio da pena de prisão, a pagar a quantia devida (tanto é assim que se extingue a punibilidade pela quitação ou parcelamento da dívida); ou seja, transfere-se para a esfera criminal uma questão facilmente resolvida pela própria legislação tributária, a qual já oferece multas elevadíssimas em caso de inadimplemento.

A intervenção mínima determina a diminuição do alcance do Direito Penal, cuja disciplina deve abarcar somente as ações mais lesivas aos bens jurídicos mais relevantes, bem como apenas as condutas não suficientemente sancionadas nos ramos administrativo e civil. À vista disso, a fragmentariedade e a subsidiariedade, ao limitarem a criação de novos tipos penais também poderiam afastar, em tese, a tutela do Estado na resolução dos casos menos graves – já que tais princípios não se verificam de maneira efetiva na prática.

3.3. Justiça restaurativa

Ao monopolizar a justiça, o Estado retirou das partes a autonomia para a resolução de conflitos⁴³, propondo-se a processar o ofensor sob a justificativa de impedir a vingança privada. Com isso, no entanto, a vítima foi completamente excluída das discussões de seu interesse: os mecanismos de intervenção do ofendido no processo não permitem qualquer reparação do dano causado, mas justamente provocam o indesejado sentimento de vingança (confundido com o anseio por justiça). Após vários séculos de práticas retributivas, não se vislumbra qualquer benefício em descartar completamente a perspectiva da vítima no processo penal, pelo contrário, a mera punição por punição, sem que se reflita acerca do crime, torna inócua a decisão condenatória.

O paradigma restaurativo, por sua vez, mostra-se como uma alternativa interessante aos métodos tradicionais de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Não há um conceito único de Justiça Restaurativa, ela pode assumir diversos modelos, mas o seu objetivo é um só: reparar o dano causado pelo crime, propondo um diálogo entre a vítima e o autor, sem deixar de lado (quando for o caso) a perspectiva da comunidade afetada.

Internacionalmente existem diversas normativas editadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas com a finalidade de incentivar práticas restaurativas, sobretudo no sistema penal. A primeira dela foi a Resolução 1999/26,

⁴³ Vide nota 21 *supra*.

intitulada “*Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal*”. No referido documento, o Conselho:

1. Reconheceu que, enquanto um número significativo de ofensas pouco relevantes colocam em risco a segurança e o conforto dos cidadãos, os mecanismos tradicionais da justiça criminal nem sempre fornecem uma resposta adequada e rápida a esses fenômenos, tanto em relação à vítima quanto aos critérios de adequação das penas;
2. Salaria que meios importantes de resolver ofensas leves, em determinados casos, podem ser representados pela mediação e por medidas de justiça restaurativa, principalmente aquelas que, sob a supervisão de uma autoridade (judicial ou não), facilitam o encontro entre autor e vítima, a compensação pelos danos causados, ou a prestação de serviços à comunidade [...].⁴⁴

Percebe-se, assim, a preocupação de organismos internacionais em encontrar alternativas à justiça, cuja resposta lenta e burocrática não consegue mais dar conta dos conflitos sociais, principalmente daqueles mais corriqueiros e de fácil solução. Na Resolução 2000/14, foram discutidos possíveis princípios para a utilização de programas restaurativos em matérias criminais, e na de número 2002/12 estes foram oficializados. As diretrizes para a aplicação da justiça restaurativa seriam as seguintes: a) podem ser utilizadas em qualquer fase do sistema penal; b) deve haver prova suficiente de autoria, bem como o consentimento da vítima e o do autor; c) as partes precisam estar de acordo sobre os fatos objeto do conflito; d) a participação do autor no processo restaurativo não pode servir de prova para sua condenação; e) a segurança das partes deve ser garantida etc.⁴⁵

⁴⁴ Tradução livre do original: “1. Recognizes that, while a significant number of minor offences jeopardize citizens security and comfort, traditional criminal justice mechanisms do not always provide an appropriate and timely response to those phenomena, whether from the perspective of the victim or in terms of adequate and appropriate penalties;

2. Stresses that an important means of settlement of minor disputes and offenses can be represented, in appropriate cases, by mediation and restorative justice measures, especially measures that, under the supervision of a judicial or other competent authority, facilitate the meeting of the offender with the victim, compensation for damages suffered or the provision of community services [...].”

⁴⁵ II. Use of restorative justice programmes

6. Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law.

7. Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender and with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations.

8. 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.

9. Disparities leading to power imbalances, as well as cultural differences among the parties, should be taken into consideration in referring a case to, and in conducting, a restorative process.

10. The safety of the parties shall be considered in referring any case to, and in conducting, a restorative process.

11. Where restorative processes are not suitable or possible, the case should be referred to the criminal justice authorities and a decision should be taken as to how to proceed without delay. In such cases, criminal

No Brasil, existem importantes experiências restaurativas envolvendo a justiça criminal. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da Portaria Conjunta nº15 de 2004, instituiu uma Comissão para verificar a adaptabilidade da Justiça Restaurativa ao aparato judicial da região e determinar a implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante. Já no ano seguinte, o projeto foi colocado em prática nos Juizados Especiais do Núcleo Bandeirante e obteve retorno satisfatório.

Em Porto Alegre, no ano de 2005, foi iniciado um programa restaurativo com o nome de “*Justiça para o Século 21*”, tendo como foco principal os crimes cometidos por menores de idade. Os objetivos da iniciativa são os seguintes:

- Qualificar a execução das medidas socioeducativas no Juizado da Infância e da Juventude em Porto Alegre, no âmbito do processo judicial e do atendimento técnico, mediante os princípios e métodos da Justiça Restaurativa;
- Contribuir com a garantia dos direitos humanos e com a prevenção da violência nas relações em que os adolescentes em atendimento tomam parte;
- Sistematizar e difundir a metodologia necessária à implantação da Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça da Infância e da Juventude, e nas demais políticas públicas.⁴⁶

Conforme relatório apresentado em 2012, foram encaminhados 261 casos para a Central de Práticas Restaurativas de Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.⁴⁷ Ao contrário do projeto realizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, as práticas da “*Justiça para o Século 21*” englobam qualquer crime. Nos casos atendidos havia: latrocínio, roubo, furto, tentativa de homicídio/homicídio, produção e tráfico de drogas, lesões corporais, dentre outros.

Dos 79 encontros restaurativos realizados entre autor, vítima e comunidade, em 100% dos casos foram realizados e cumpridos os acordos firmados. Em 98 ocasiões, os envolvidos optaram por não continuar com o procedimento restaurativo, segundo explicado no relatório:

Estes motivos variam entre participantes que optam por não participar do encontro; existem situações onde os adolescentes evadiram da unidade de provação de liberdade; outras em que os ofensores ou as vítimas não foram

justice officials should endeavour to encourage the offender to take responsibility vis-à-vis the victim and affected communities, and support the reintegration of the victim and the offender into the community”.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=100&pg=0#.VTUD1SHBzRY>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/arquivos/RELATRIO+CPR+JIJ+AGO+2012+FINAL.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

localizados; casos em que os adolescentes não assumiram a autoria do fato; casos em que a vítima desistiu de participar.⁴⁸

Também se iniciaram projetos de Justiça Restaurativa no Estado de São Paulo, mais especificamente na cidade de São Caetano do Sul, com o intuito de solucionar conflitos envolvendo crianças e adolescentes. Em Minas Gerais, as práticas restaurativas eram voltadas para os crimes de menor potencial ofensivo bem como para atos infracionais. O projeto maranhense foi realizado no município de São José de Ribamar, em casos de atos infracionais, tanto dentro quanto fora do Poder Judiciário.

A Justiça Restaurativa vem ganhando força no país e se mostra uma importante alternativa à via judicial, principalmente por ser célere (sem deixar de lado garantias fundamentais) e efetiva. Isto é, a solução dos casos se dá por meio do diálogo, sem a burocracia característica do aparato estatal; as vítimas são incluídas na discussão e passam a ser figuras ativas, ao contrário do processo tradicional; o ofensor, mediante a comunicação, assume voluntariamente a responsabilidade e compreende a gravidade da conduta praticada; a comunidade (família ou pessoas integrantes do mesmo ambiente da vítima) também sofre um dano e uma diminuição do sentimento de segurança e, portanto, pode participar do círculo restaurativo; e, finalmente, os resultados são mais satisfatórios se comparados a um processo judicial no qual impõe-se uma solução que não beneficia nenhuma das partes.

Considerações finais

Desde a crise do Estado de bem-estar social, a divisão entre os setores público e privado têm se tornado cada vez mais indeterminada. Diversos serviços tradicionalmente desempenhados pela administração pública foram sendo delegados para o domínio dos particulares, inclusive a justiça. O exemplo clássico para certas áreas do direito são os Tribunais de Arbitragem, já difundidos e muito bem aceitos como meios alternativos à jurisdição. O presente artigo, no entanto, buscou analisar a possibilidade de implantação desses novos métodos para o Direito Penal.

Difícilmente, no âmbito criminal, será possível prescindir totalmente da jurisdição, devendo, em todo caso, ser preservado um certo núcleo de indisponibilidade em relação aos delitos de maior gravidade. Todavia, os métodos alternativos tornam-se de urgente necessidade frente à acumulação de processos em trâmite no Poder Judiciário.

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/arquivos/RELATRIO+CPR+JIJ+AGO+2012+FINAL.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2015.

Sobretudo nos delitos de pequena monta, os quais sequer deveriam ser tutelados pela norma penal, e servem apenas para aumentar o volume de casos nos Juizados Especiais e Varas Criminais.

Nas situações menos graves, é simples encontrar soluções mais benéficas para as partes conflitantes, sem que tenham de enfrentar as dificuldades e a demora de um processo penal. A Lei criadora dos Juizados Especiais trouxe novas formas de abreviar o tempo de resposta jurisdicional, permitindo acordo entre réu e acusação para aplicar imediatamente a pena ou criando a possibilidade de suspensão do processo mediante o cumprimento de certas condições. Tais instrumentos são extremamente eficazes na resolução rápida dos casos, evitando a sobrecarga de trabalho do Judiciário. A aplicação dessas alternativas está limitada, no caso da transação penal, aos crimes de menor potencial ofensivo, mas poderia também ser utilizada em delitos mais simples, ainda que com penas mais elevadas.

O princípio da intervenção mínima, desenvolvido pela doutrina e ignorado pelo legislador, representa uma alternativa importante à tipificação de condutas para toda e qualquer lesão a bens jurídicos, sem uma análise prévia da efetiva necessidade da tutela penal.

A Justiça Restaurativa, igualmente, é uma nova modalidade de resolução de conflitos pautada pelo diálogo entre vítima, autor e comunidade. Assim, ao Poder Judiciário cabe apenas supervisionar os acordos realizados, não havendo a obrigação de instaurar um processo, com todas as suas formalidades. Vale lembrar que essa forma de solucionar controvérsias tem benefícios se comparada à tradicional. A pena (caso entendida como necessária) ganha um sentido para as partes envolvidas e não é simplesmente imposta pelo Estado ao condenado.

São diversos os delitos passíveis de serem resolvidos por via diversa da judicial. O furto, por exemplo, é um crime sem violência contra a pessoa e cuja repressão, muitas vezes, se mostra extremamente desproporcional à efetiva lesão do bem jurídico. A subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel não parece ser tão grave a ponto de ensejar pena de prisão, mesmo se cumprida em regime aberto. Principalmente se for possível ao autor reparar o dano, já que a pena não seria capaz de fornecer uma resposta satisfatória à vítima. Nos crimes tributários, por outro lado, a situação é diametralmente oposta: extingue-se a punibilidade com o mero parcelamento do débito. Ora, a lesão causada pelo crime de furto não se compara àquela decorrente de delitos tributários, os quais atingem indiretamente toda a sociedade.

Constata-se, assim, uma grave incoerência na política criminal brasileira, que solucionada traria inúmeras vantagens à jurisdição e também aos jurisdicionados. Os meios alternativos de resolução de conflitos podem ser uma resposta válida e benéfica para os atuais problemas enfrentados pelo Poder Judiciário. O processo penal é essencial para a administração da Justiça, e dificilmente será suprimido por completo, sobretudo em razão das garantias fundamentais dos cidadãos; mas trata-se de um instrumento que dificulta a resposta jurisdicional e, como já antevia Carnelutti, impõe ao acusado outra pena além das previstas no Código Penal: a demora.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUSATO, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A pirâmide da solução dos conflitos*. Brasília: Senado Federal, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, José Luis Bolsan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crise do welfare state e hipertrofia do Estado Penal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, p. 109-110, jul./dez. 2012.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

OFFE, Claus. *Contradictions of the welfare state*. London: Hutchinson & Co., 1984.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, t. I, 2006.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. Trad. Ricardo Sontag. Discursos sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, ano 15, n. 17/18, p. 459-460, 2010.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WILENSKY, Harold L. *The welfare state and equality: structural and ideological roots of public expenditures*. Berkeley: University of California Press, 1975.