

**JUSTIÇA RESTAURATIVA, MEDIAÇÃO PENAL E SUA
APLICABILIDADE AOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL
OFENSIVO**

**RESTORING JUSTICE, CRIMINAL MEDIATION AND ITS
APPLICABILITY TO OFFENSIVE POTENTIAL CRIMES**

**JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y SU
APLICABILIDAD A LOS CRÍMENES DE MENOR POTENCIAL
OFENSIVO**

Thaís Garcia de Souza¹
Júlio César Boa Sorte Leão Gama²

Resumo: As finalidades propostas pelo sistema penal retributivo brasileiro nem sempre conseguem ser atingidas e a intranquilidade decorrente dessas condições resulta em um cenário de súplica social por soluções alternativas de resolução de conflitos. A partir dessa ideia, surge a justiça restaurativa como uma nova forma de intervenção penal, visando reparar os danos por meio do diálogo e reflexão entre os envolvidos no conflito. O presente estudo teve por objetivo verificar a aplicação da mediação penal, inserida no âmbito da justiça restaurativa, como forma de resolução de conflito, nos casos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo. Para isso, utilizou-se como forma de obtenção de informações a revisão bibliográfica, aplicando-se o método dedutivo. Foram apresentadas bases críticas à função da pena a ao atual sistema de justiça penal, demonstrando, ainda, que o foco maior deve estar na participação da vítima na busca pela melhor solução do conflito e não apenas no ofensor. Após contextualizar os principais aspectos dos crimes de menor potencial ofensivo, passou-se a analisar a possibilidade de aplicação do sistema restaurativo a tais crimes, bem como as dificuldades na sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Justiça participativa. Meios alternativos. Participação da vítima. Resolução de conflitos.

Abstract: The purposes proposed by the Brazilian retributive criminal justice system can not always be achieved and the unrest resulting from these conditions results in a scenario of social supplication for alternative solutions to conflict resolution. From this idea comes the restorative justice as a new

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Guanambi/BA. e-mail: thais_garcia11@hotmail.com

² Mestrando em Direito Público pela Faculdade Guanambi. Docente da Faculdade Guanambi/BA. Advogado.

form of criminal intervention, aiming to repair the damage through dialogue and reflection among those involved in the conflict. This study aimed to verify the application of mediation, inserted in the context of restorative justice as a means of conflict resolution in cases involving crimes of lesser offensive potential. For this, we used in order to obtain information the literature review, applying the deductive method. critical databases were presented to the function of the sentence to the current criminal justice system, demonstrating further that the main focus should be on the victim's participation in the search for the best solution to the conflict and not only offender. After contextualize the main aspects of the crime of minor offensive potential, we have to examine the possibility of applying restorative system to such crimes, and the difficulties in its implementation in the Brazilian legal system.

Keywords: Alternative means. Conflict resolution. Participation of the victim. Participatory justice.

1. Introdução

Tem-se verificado uma grande insatisfação social no que tange ao sistema da justiça retributiva, atual forma de responder aos delitos. Vários podem ser os argumentos para tentar justificar referida insatisfação, como, e.g., alarmantes índices de violência em contraposição com pouca resolução por parte do Poder Judiciário, o que gera a conseqüente e constante sensação de impunidade. E, ainda, como demonstram Oxhorn e Slackmon, (2005, p. 187), “de maneira mais trágica, a combinação de altos níveis de crime e baixos níveis de confiança nas instituições estatais responsáveis por lidar com o problema ameaça criar um círculo vicioso de violência”.

As finalidades propostas pelo sistema retributivo nem sempre conseguem ser atingidas e a intranquilidade decorrente dessas condições atesta um cenário de súplica social. Neste seguimento, Paz e Paz (2005, p. 125) demonstram que “surge a necessidade de se restabelecer a validade de uma regra fundamental de respostas que gerem a consciência de que efetivamente existe uma ordem, ainda que essa resposta não seja necessariamente a pena imposta pelo sistema penal”.

A efetividade do sistema penal brasileiro e de seu poder punitivo tem sido muito discutida, bem como o alcance da função ressocializadora da pena. O cenário atual deixa evidente a crise de tal sistema, o que dá espaço para

discussões de alternativas para que os conflitos penais possam ser resolvidos de forma eficaz.

A explosão de criminalidade e violência tem mobilizado o mundo contemporâneo, que se vê frente a um fenômeno que deve ser encarado na sua complexidade. Essa complexidade demanda criatividade. É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade (PINTO, 2005, p. 19).

Nessas circunstâncias de transformações sociais, de busca por efetividade, que se insere a justiça restaurativa.

Há que se mencionar que, em meio aos conflitos, a vítima é, por vezes, esquecida. O Estado acaba por tirar a atenção de quem sofreu a conduta criminosa, fazendo com que o foco seja o ofensor.

Dessa maneira, o presente estudo objetiva verificar a aplicação da mediação penal, inserida no âmbito da justiça restaurativa, como forma de resolução de conflitos, nos casos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, levando-se em consideração que a justiça restaurativa, em oposição à justiça retributiva, no direcionamento da resolução dos conflitos, não observa o paradigma crime-castigo, mas utiliza uma lógica dialogal, embasada no consenso entre os envolvidos, permitindo, assim, que sejam observados os verdadeiros interesses destes.

2. Da composição dos conflitos no estado democrático de direito

Os seres humanos se organizam em sociedades. Sendo assim, naturalmente ocorrem conflitos sociais. Cada pessoa possui características próprias e, também, valores, opiniões e pensamentos adquiridos no meio em que vive durante a sua existência. Ocasionalmente, ideias de um indivíduo não estão de acordo com as de outro e, em razão disso, surgem os conflitos, que muitas vezes são inevitáveis.

O Direito tem como finalidade primordial a pacificação social, sendo que interesses incompatíveis nas relações entre os indivíduos, gerando conflitos, acontecem continuamente.

Numa concepção histórica, o conflito existe desde os primórdios da humanidade. Levando-se em consideração a ideia de que os conflitos são inerentes a uma coletividade, isso pode possibilitar a procura por formas de resolvê-los, facilitando, assim, a sua solução. Para isso, é de grande importância conhecer a situação a fim de ser aplicado o método mais adequado. Seguindo o conceito apresentado por Paz e Paz (2005, p. 131):

O conflito circunstancial na vida do homem em sociedade pode ser definido como uma situação em que alguns participantes perseguem metas diferentes das de outros, defendem valores contraditórios, têm interesses opostos ou distintos entre si ou pretendem conseguir, simultânea e competitivamente o mesmo objetivo, isto tudo sem esquecer os aspectos afetivos, emocionais ou expressivos do próprio conflito.

Atualmente, a tentativa de resolução do conflito se dá por meio de um processo, em que o Estado é quem intervém. Ocorre que tal processo, na maioria das vezes, desenrola-se de maneira desgastante e nem sempre haverá um equilíbrio. É de suma importância compreender que nem todos os problemas acontecem pela mesma razão e que cada um deles possui suas peculiaridades, sendo que, em razão disso, eles precisam de soluções adequadas às suas especificidades.

Quando se fala em formas alternativas de resolução de conflitos, não se pretende substituir o vigente sistema retributivo, mas, sim, procurar meios mais adequados e eficazes para melhor solucionar a situação conflituosa.

Consoante Pinto (2005, p. 24), no sistema retributivo há uma “indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados”, o que gera descrédito quanto à sua efetividade. Em razão disso, a vítima, por vezes, acaba optando por não procurar a Justiça Penal para proteger os seus direitos. Assim, faz-se necessário conceder a ela maiores chances de participação na solução do problema, buscando não simplesmente uma limitação do poder punitivo do Estado, mas uma eficácia na decisão. Seguindo essa linha de raciocínio, Paz e Paz (2005, p. 129-130):

Os cidadãos, no sistema retributivo, atualmente sentem que muitas vezes a lei não lhes alcança e que, ante um delito, nada ocorre, nem penalização. Sentem que continuam sendo vítimas e, por isso, concentram-se na busca de um meio seguro de tratamento particularizado, próximo e imediato, que garanta efetivamente uma resposta legal.

Verifica-se que o sistema penal utilizado se mostra falível em vários aspectos, de forma que não garante proteção eficiente dos bens jurídicos, chegando, assim, a descrédito e insegurança jurídica frente à sociedade.

Consequentemente, o contexto contemporâneo é de busca por reformulação do modelo penal tradicional, isto é, nas palavras de Paz e Paz (2005, p. 125), “surge a necessidade de se restabelecer a validade de uma regra fundamental de respostas que gerem a consciência de que efetivamente existe uma ordem, ainda que essa resposta não seja necessariamente a pena imposta pelo sistema penal”.

2.1. Função da pena: análise crítica

O conflito que se visa solucionar por meio do processo penal tem seu resultado na sanção penal. Como expõe Beccaria (2012, p. 37), “o objetivo das penas não é tormentar um ser sensível nem desfazer um crime já cometido”, mas, sim, “evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito”.

De modo geral, diz-se que as funções da pena são punir, ressocializar e prevenir. No entanto, sabe-se que referidas funções não estão em harmonia na sociedade, dado que a capacidade do sistema retributivo é aferida por meio dos efeitos que o modo de intervenção produz e os índices de criminalidade não têm sido reduzidos.

Tão importante quanto esclarecer as funções da pena é averiguar a condição pela qual é exposto o condenado após o fim da mesma e, ainda, a atenção dispensada à vítima quando da tentativa de solucionar o conflito. Neste ponto, Tourinho (2012, p. 14) elucida que:

Como uma fórmula matemática, a aplicação de uma sanção penal se aproxima daquela ideia retributiva, por vezes disfarçada de uma prevenção geral intimidatória: o descumprimento de uma lei criada pelo Estado exigirá a imposição de uma pena por um mecanismo punitivo que se

preocupa em devolver o mal causado, deixando a vítima no esquecimento ou, quando lembrada, levada ao processo como prova, tão somente.

Torna-se uma necessidade incontestável a ideia de trazer a vítima para a solução do conflito. Considerando que ela seja a pessoa mais atingida pela conduta do indivíduo praticante do ilícito penal, deverá estar presente na tentativa de sanar o dano que lhe foi causado. Isso posto, verifica-se que a pena deveria atacar a causa do problema, procurando evitar a reincidência do infrator. O raciocínio é prevenir o delito, mas, não sob a ameaça de um castigo.

Nesse ambiente de contextualização sobre o conflito e as possíveis formas alternativas de resolvê-lo, cabe mencionar a ideologia desenvolvida por Beccaria (2012, p. 43), ao afirmar que “quando o crime é uma ofensa de um terceiro, então, metade do juiz deveria unir-se ao acusado e outra metade ao acusador, de forma que todos os interesses privados, que alterem a aparência dos objetos, mesmo na visão dos mais equilibrados sejam compensados”. Buscou-se, nessa ideologia, não a abolição das penas, mas, sim, a construção de um novo Direito Penal, baseado no entendimento de que deveria haver equilíbrio entre as partes envolvidas no conflito penal, de modo que fosse possível introduzir os interesses de todos para alcançar a resolução do dano causado. Seguindo esta ideologia, complementa Roxin (2006, p. 26) que “a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o dano for reparado e o status quo ante reestabelecido. Só a partir deste momento é que o lesado e a coletividade veem o caso como resolvido”.

Logo, seria apresentado um fundamento existencial de produção normativa para além das formas estatais, com a participação da vítima nessa construção. Obviamente, tal participação não deve retroceder à vingança privada. A solução deverá ser pautada em critérios proporcionais e dinâmicos que possibilitem a neutralização da causa do dano. Ainda aduz Roxin (2006, p. 26) que, “quando o autor, em seu próprio interesse, se esforça no sentido de uma rápida reparação da vítima, tem ele de entrar em contato com ela, repensar consigo mesmo o seu comportamento e o dano a ela causado, e produzir uma prestação construtiva”.

Há que se levar ainda em consideração a condição pela qual o condenado é exposto após o fim da pena. Tal condição diz respeito ao seu

retorno à sociedade, que nem sempre está preparada para recepcioná-lo. Por ser o meio mais gravoso de intervenção estatal, é que a medida penal deve ser utilizada com moderação e subsidiariedade. Mas, em decorrência das altas taxas de criminalidade, o Direito Penal tem sido escolhido como primeira forma de controle. Todavia, no que tange à ressocialização do indivíduo e a prevenção de novos delitos, a pena, por vezes, não atinge a sua função. Diante dessa problemática, vê-se a necessidade de buscar formas alternativas que efetivamente ofereçam respostas ao fato criminal. Nesse sentido, é imperioso o pensamento de Roxin (2006, p. 25), quando ele fala sobre “fornecer ao autor um grande estímulo à reparação do dano, e de oferecer à vítima uma reparação rápida e não burocrática, que o Estado não conseguiria em muitos casos realizar diante de um devedor recalcitrante”.

O uso excessivo da penalização estatal não acarreta uma proteção efetiva dos bens jurídicos, mas, sim, insegurança jurídica frente à sociedade. Tal afirmação é de suma importância, tendo em vista que muitas são as demandas jurídicas atuais que poderiam ser tratáveis de outras maneiras.

2.2. Juizados especiais criminais: espaços de consenso no sistema processual penal brasileiro

Em atenção, principalmente, à crise do processo penal, o desenvolvimento de uma política criminal do consenso ganha destaque no ordenamento jurídico pátrio.

Por conseguinte, a criação dos espaços de consenso originada nos juizados já apareceu como possibilidade para a construção de outras práticas futuras, demonstrando que, para isso, deverão ser organizadas ações para a efetuação dessas alternativas consensuais também em outros setores do Direito, não exclusivamente na seara criminal. Comunicação, participação e recomposição dos vínculos afetados são características dessa política do consenso, porém, precisam de atitudes concretas para que não continuem como simples anseios.

A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu, no Brasil, nova forma de justiça criminal, pautada no consenso. Um dos seus principais aspectos está na formação do

consenso entre autor e réu, de modo que ambos possam ser atuantes na solução da lide, limitando o caráter impositivo estatal. Percebeu-se que a solução das controvérsias penais poderia ser alcançada por meio do consenso, acompanhada de um procedimento oral que traria celeridade, aliado ao fato de ampliar a participação popular na administração da Justiça, preocupando-se, de fato, com a situação da vítima e, ainda, relativizando a Justiça Penal clássica. Nessa perspectiva, Lopes Junior (2014, p. 697) considera que, “sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente”.

A busca pela reparação dos danos causados à vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade evidencia o quanto os interesses das partes são colocados em destaque pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. A solução dos conflitos através da justiça negociada traz a sensação de resposta penal rápida, opondo-se ao sistema retributivo clássico, além de já demonstrar avanço para uma nova política criminal.

Ante o exposto, tem-se que essas mudanças levantadas pela mencionada Lei não resolvem o problema da crise do sistema criminal, contudo, minoram os efeitos do sistema carcerário e ainda apresentam retorno proporcional ao cometimento da infração.

3. O componente da mediação penal na justiça restaurativa

Ao tratar da crise no sistema penal brasileiro, é importante salientar aspectos como superlotação carcerária, aumento da criminalidade, insatisfação social e fragilidade diante deste quadro, o que leva a repensar o atual conceito de crime e no modelo de justiça utilizado. Esse entendimento de crise do sistema penal tradicional é atribuído por Zehr (2008, p. 07), quando este diz que:

Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime.

O cenário atual do direito punitivo é de crise, acompanhado pelo clamor de sensíveis e consideráveis mudanças. Assim, a partir dessa crise, em que o Estado subtrai das partes o direito de resolver o conflito, abre-se um lugar para uma solução por meio do consenso entre elas.

3.1. Justiça restaurativa: uma aproximação do seu conceito e de seus objetivos

De forma geral, o sistema da justiça restaurativa ainda não possui um conceito conclusivo, mas, ele se baseia na ideia de uma redefinição do crime. Nessa linha de pensamento, como bem salienta Jaccoud (2005, p. 160), “o crime não é mais concebido como uma violação contra o estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências”. Na mesma direção, reitera Azevedo (2005, p. 140):

Podemos encontrar a Justiça Restaurativa ou Restauradora como um processo onde as partes, ao sofrer algum tipo de delito, resolvem, coletivamente, como abordar as consequências do delito e as suas implicações para o futuro. Os programas de Justiça Restauradora habilitam a vítima, o ofensor e os membros afetados da comunidade para que estejam diretamente envolvidos – junto ao Estado – a fim de dar uma resposta ao delito.

Ao abordar o tema da justiça restaurativa, fala-se de uma nova teoria penal e não apenas de um novo método de resolução de conflitos. No mesmo sentido, Sica (2006, p. 412) ressalta que “a abordagem remete à elaboração de um novo paradigma de justiça penal que influa (e altere) decisivamente na nossa maneira de pensar e agir em relação à questão criminal”. Cuida-se de um termo que indica um modo de justiça penal direcionado mais à reparação que à condenação, empregando métodos menos rigorosos e destrutivos aos envolvidos. Semelhante entendimento é exposto por Azevedo (2005, p. 140-141):

Cabe registrar que a Justiça Restaurativa apresenta uma estrutura conceitual substancialmente distinta da chamada justiça tradicional ou Justiça Retributiva. A Justiça Restaurativa enfatiza a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades

para diálogo, negociação e resolução de questões. Isto, quando possível, proporciona uma maior percepção de segurança na comunidade, efetiva resolução de conflitos e saciedade moral por parte dos envolvidos.

Ressalta-se que a conceituação da justiça restaurativa mostra-se necessária para o próprio planejamento de novas práticas ou políticas públicas.

Como bem aponta Carvalho (2005, p. 211), “a justiça restaurativa é modalidade inclusiva de justiça, devido à sua abordagem reintegradora e regeneradora das relações sociais, e também um caminho para a democratização do poder judiciário”.

É importante salientar que não se trata de pretender substituir o modelo punitivo atual pelo da justiça restaurativa, mas, sim, de trazer este novo paradigma de maneira complementar, tendo em vista que não há condições de deixar de aplicar aquele em determinadas condutas. Busca-se, assim, a pacificação social a partir do consenso entre as partes envolvidas, sem abandonar os princípios e demais postulados formadores do Direito Penal. Assim, Pinto reitera (2005, p. 20):

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descurar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade.

No Brasil, as experiências com a justiça restaurativa são recentes, sendo que a fonte mais autorizada para o conhecimento de projetos já implantados é o Relatório do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – INALUD. De acordo com Vasconcelos (2008, p. 126), “a definição mais consensual de justiça restaurativa, até porque já contemplada pela Organização das Nações Unidas, é aquela constante da Resolução 2002/12 emitida pelo seu Conselho Econômico Social”. Tal Resolução descreve princípios básicos para o desenvolvimento de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, destacando, ainda, a viabilidade da aplicação desses programas a qualquer dos sistemas jurídicos dos Estados membros da ONU.

O paradigma da justiça restaurativa é mais do que uma forma de ver ou uma perspectiva. Como diz Zehr (2008, p. 08), “ele não precisa resolver todos os problemas, mas pelo menos os mais prementes, e deve indicar a direção a seguir”. É uma maneira mais humanitária e interativa de lidar com o crime. Pode-se dizer que é um percurso de progresso, como um ponto imprescindível para a compreensão e a flexibilidade dos operadores do Direito, de cada indivíduo e da sociedade como um todo.

A ideia é atribuir mais segurança jurídica ao consenso, e, como a vítima é a maior afetada pela infração penal, dar a ela uma participação primordial na tentativa de solucionar o caso.

Vale lembrar que é de fundamental importância, para a efetiva e plena aplicação da justiça restaurativa, a colaboração da vítima, da sociedade e do infrator penal, consubstanciada no consenso entre estes para a efetiva reparação do dano, já que esse sistema convoca essas pessoas “na busca para soluções que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança”, como afirmam Paz e Paz (2005, p. 126). Nesta perspectiva, Carvalho (2005, p. 218) argumenta que, “além de apresentar maior potencial de resolução nos países onde a Justiça Restaurativa vem sendo adotada, a natureza desta resolução parece conferir maior satisfação às partes envolvidas indicando maior sustentabilidade dos resultados ao longo do tempo”.

3.2. Mediação penal como forma de ampliação do espaço de participação

Dentre as práticas restaurativas existentes, como conferências familiares, círculos de construção de consensos, círculos de sentença e mediação penal, destaca-se esta última, que já vem sendo aplicada há algum tempo. Nas palavras de Pinto (2005, p. 23), “as primeiras experiências modernas com mediação entre infrator e vítima, colocadas em prática nos anos setenta, já apresentavam características restaurativas”.

A mediação penal surge como um conjunto de procedimentos alternativos ou, ainda, complementares ao sistema penal e tem alicerce nas ideias da justiça restaurativa. Como asseveram Paz e Paz (2005, p. 131):

A mediação penal consistirá na busca, com a intervenção de um terceiro, de uma solução, negociada livremente entre as partes, para um conflito nascido de uma infração penal, no marco de um processo voluntário, informal, e confidencial. A mediação é um fenômeno múltiplo, não existe um modelo único visto que deve fazer frente a diferentes formas de conflito, sendo submetida à realidade social em que cada conflito se incorpora, deve ser dotada de particularidades de acordo com o tema.

Nos programas da mediação penal, duas ou mais pessoas, que estejam envolvidas no conflito, com a colaboração de um terceiro imparcial, que é o mediador, expõem o problema e dialogam construtivamente, com o objetivo de identificar os interesses e chegar a um acordo. A função do mediador será restrita a acompanhar as partes a chegarem a uma solução do conflito e homologar, se for o caso, o acordo. Em outras palavras, ele ajudará a transformar a relação rompida, introduzindo a comunicação a fim de que as partes esclareçam suas insatisfações e dúvidas, exponham seus interesses e possam fazer nascer a consciência da responsabilidade pelo conflito.

Ainda com Paz e Paz (2005, p. 126), “as análises destes programas vêm demonstrando um aprimoramento na relação vítima-infrator, a redução do medo na vítima e maior probabilidade do cumprimento do acordo por parte do infrator”.

A reparação do dano, por meio da mediação penal, “pode requerer algo mais ou algo diferente da mera indenização, ou pode, em alguns casos, requerer menos para desdobrar os efeitos de atenuar ou reduzir as penas previstas em alguma condenação”, como explicam Paz e Paz (2005, p. 133). Isso quer dizer que o conteúdo do acordo não se limitará tão somente a valores pecuniários. O maior objetivo é pacificar as relações sociais, o que é de relevância no contexto jurídico-penal. Como reitera Pinto (2005, p. 20), a mediação penal objetiva “suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do ofensor”.

A mediação penal, segundo Azevedo (2005, p. 142), “direciona-se preponderantemente a estabelecer um diálogo efetivo entre vítima e ofensor com ênfase em restauração da vítima, responsabilização do ofensor e recuperação das perdas morais, patrimoniais e afetivas”. Então, a partir desse procedimento, o infrator será colocado frente a frente com a dimensão do seu

comportamento, tendo, assim, oportunidade de responsabilizar-se pelo ato ofensivo diretamente à vítima, além de permitir a conscientização do mesmo e o reconhecimento do valor dos bens jurídicos ofendidos. Ademais, tal procedimento concede maior satisfação ao ofendido em relação ao sistema da justiça retributiva.

Cabe ressaltar que a justiça restaurativa é, pois, um fim a ser alcançado. Da mesma forma, são os escólios de Sica (2006, p. 419):

A desvinculação da mediação com o resultado final de acordo revela sua não instrumentalidade em relação ao processo penal, por um simples motivo: a mediação penal não é um meio e sim um fim, uma atividade cujo alcance pode resultar em solução que indique a desnecessidade de pena, afastando as necessidades materiais de acionamento da tutela penal repressiva.

Diante disso, tem-se que a mediação é uma resposta penal alternativa e complementar à justiça retributiva, cujo parâmetro é a estruturação de um novo meio de regulação social, no qual o objetivo precípua é superar o que desenvolveu o conflito, produzindo, então, uma solução consensual e procurando a manutenção da paz social.

4. Dos crimes de menor potencial ofensivo e sua compatibilidade com o sistema restaurativo

O Direito Penal consiste em um ramo do Direito que protege bens jurídicos indispensáveis para que haja equilíbrio e harmonia na sociedade. Consequentemente, para todo tipo penal exposto em lei, há um bem jurídico que será tutelado pelo Direito, de acordo com os valores fundamentais pertencentes a cada sociedade, o que é de veras pertinente, porque o Direito Penal, sendo a ultima ratio, não deve ser aplicado a todas as lesões praticadas contra todo e qualquer bem jurídico. Em se tratando dos crimes de menor potencial ofensivo, o bem jurídico tutelado possui menor relevância. Como resultado, a pena aplicada corresponde ao reduzido potencial danoso, havendo, então, uma proporção entre conduta e pena. Mas, assim como explana Roxin (2006, p. 03), “através de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual,

ou melhor, através de um combate às causas sociais da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais”.

O artigo 61 da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), ou Lei dos Juizados Especiais, com redação determinada pela Lei nº 11.313/2006, define as infrações penais de menor potencial ofensivo como as contravenções e crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Para Sica (2007, p. 227), as Leis nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995) e nº 10.259/2001 (BRASIL, 2001) “oferecem um campo para o desenvolvimento inicial do novo modelo, mesmo porque, mal ou bem, já existe pré-disposição cultural para aceitar a solução consensual nesses delitos”. Além do mais, a ação penal para apuração dos crimes de menor potencial ofensivo depende da vontade da pessoa ofendida, o que facilita o desdobramento das práticas restaurativas. Assim, elucida Araújo (2015, n. p.) que as citadas Leis “caracterizam setor do sistema penal a permitir a utilização de um modelo extrajudicial de resolução de conflitos, como o da mediação, sem o risco de se contradizer a legislação pátria”. Por se tratar de situações em que a demonstração de interesse da vítima é suficiente para afastar a intervenção penal, os ditames de Sica (2007, p. 226) são no sentido de que “abre-se uma oportunidade direta para a mediação ser incluída nas opções oferecidas às partes para conciliar-se ou discutir a reparação do dano”.

Destaque-se que as penas só deverão ser impostas quando não houver outra forma que seja adequada à resolução do conflito ou que seja o meio imprescindível para a proteção de determinado bem jurídico. As penas aplicadas ao indivíduo praticante de crime de menor potencial ofensivo, ainda que não consistam em medidas restritivas de sua liberdade, são penas que apenas intensificam determinados paradigmas de comportamentos. Sobrevém que a sanção penal não pode servir de amparo a um comportamento negativo. Assim, Carinhanha (2015, n. p.) apresenta a ideia de que “é possível realizar uma outra forma de intervenção complementar, mais horizontal e democrática, que se adeque mais aos desejos e necessidades das partes do que a nossa tradicional maneira de tratar os conflitos”. Roxin (2006, p. 26-27) acrescenta que “ao menos faça-se alusão a que esta ideia tem uma grande

perspectiva de futuro, também porque ela levará a uma reaproximação entre o direito civil e o penal”.

Se não houver uma interferência ativa, de prevenção e um maior cuidado dos órgãos de segurança pública na resposta às infrações penais de menor potencial ofensivo, estas poderão se propagar e intensificar, suscitando outras formas de violência. Nessa mesma lógica, os estudos e as experiências de Araújo (2015, n. p.) apontam:

Os crimes de menor potencial ofensivo são tipos penais desestruturadores das relações interpessoais e perfazem vultoso percentual das demandas que chegam às delegacias de polícia, sendo exemplificadas pelos crimes de injúria, difamação, calúnia, lesão corporal, dano ao patrimônio, ameaça, dentre inúmeros outros capazes de acarretarem graves danos quando não são objeto de um tratamento adequado pelas instituições de controle social formal.

Destarte, se as penas previstas pelo sistema penal retributivo no exato implemento de sua finalidade mostram-se insuficientes a prevenir e resolver os danos provocados, nota-se a necessidade de procurar vias diversas de solução dos conflitos, mesmo que tais vias ainda não estejam tipificadas em lei. Por esse ângulo, Sica (2007, p. 225) esclarece:

A atividade de mediação e as práticas de justiça restaurativa não exigem, a priori, previsão legal específica para serem utilizadas no âmbito penal. Requer-se, apenas, dispositivos legais que recepcionem medidas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, afastando a possibilidade de pena ou atenuando-a.

Com a execução das práticas restaurativas como forma de possível solução aos conflitos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, o agressor teria a possibilidade de se retratar e a vítima teria lugar na busca pela melhor maneira dessa solução, chegando à pacificação. Assim, consoante Roxin (2006, p. 24-25), “a vitimologia, a doutrina da vítima, que nas últimas décadas vem alcançando uma crescente importância, conseguiria uma vitória decisiva no sentido de uma orientação da justiça penal à vítima”.

4.1. Experiências práticas com a aplicação da mediação penal aos crimes de menor potencial ofensivo

Diante da ineficácia do sistema retributivo, a via alternativa de aplicação do sistema restaurativo para responder a demandas envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo foi a solução pensada em alguns lugares do Brasil.

Nessa seara, uma experiência bem sucedida de mediação de conflitos penais foi estabelecida no ano de 2008, na Delegacia Regional de Polícia Civil Leste, localizada em Belo Horizonte – MG, pelo Projeto Mediar, resultante de uma parceria entre a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais e o Programa Governamental de Mediação de Conflitos de Minas Gerais. O projeto surgiu da constatação do delegado titular da referida Delegacia de que era preciso oferecer uma resposta mais concreta tanto nos casos comuns de conflitos como nos crimes de menor potencial ofensivo.

De acordo com os resultados apresentados pela Delegacia Regional Leste de Belo Horizonte, após a implementação do Programa Mediar, houve diminuição, no ano de 2007, em 47% do número de ocorrências registradas, bem como alta porcentagem de acordos no ano de 2008 e, como consequência, a redução substancial do número de registros de ocorrências e de casos de reincidência naquele período (NUNES, et al, 2009, n. p., apud ARAÚJO, 2015, n. p.).

Ainda no ano de 2008, conforme informações prestadas pelo Instituto Elo (2009, n. p.), “ocorreram 224 casos de mediação que geraram 726 atendimentos – uma vez que um caso demanda mais de um atendimento; destes, 113 resultaram em acordos. Com isso, a redução de ocorrência foi da ordem de 506 registros a menos”.

Outra experiência envolvendo crimes de menor potencial ofensivo é o Núcleo de Mediação Policial do 30º Distrito de Polícia Civil de Fortaleza - CE, que foi implementado em função do projeto piloto A Mediação de Conflitos como Instrumento de Inclusão e de Pacificação Social: A proposta da Implementação da Mediação na Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará. Conforme explanações feitas por Sales e Saraiva (2013, p. 26), “os 417 conflitos passíveis de mediação referiram-se a crimes de ameaça, não delituosos, dívida, injúria, difamação, violação de domicílio, lesão corporal, calúnia, dano e perturbação do sossego alheio”. Vê-se, com isso, que os

conflitos envolviam infrações penais de menor potencial ofensivo e que foi possível realizar a mediação.

Com base nos ditames do sistema restaurativo, há um projeto de implementação de um Núcleo de Mediação de Conflitos Penais envolvendo crimes de menor potencial ofensivo na Delegacia Territorial de Brumado – BA. Segundo Araújo (2015, não paginado), idealizador do referido projeto, essa ideia surgiu da percepção no dia-a-dia da Delegacia de Polícia de que “os procedimentos legais para apuração de crimes de menor potencial ofensivo são insatisfatórias para a resolução das demandas de muitas pessoas que chegam até à delegacia, de forma que práticas de mediação penal podem beneficiar em muito a pacificação social”. Tal projeto visa executar um método estruturado de mediação penal, atendendo à população que procure a Delegacia de Polícia, buscando sanar os problemas que compreendem as infrações de menor potencial ofensivo.

5. Considerações finais

Este trabalho teve como objetivo analisar as práticas restaurativas e sua aplicação aos crimes de menor potencial ofensivo. Para isso, foi fundamental efetuar ponderações acerca do conflito e de como ele se expande na sociedade, com o propósito de entender a imprescindibilidade da constituição de formas alternativas de resolução de conflitos.

Foi realizada, a partir de uma análise crítica, uma apreciação sobre o sistema penal retributivo que então vigora. Para tal fim, procedeu-se a exame sobre a função que a pena exerce no processo penal brasileiro. O sistema retributivo acabou se transformando em um sistema ineficiente e pouco atento aos anseios sociais. Tornou-se notória, portanto, a crise do sistema penal.

A justiça restaurativa, com a inserção das partes no processo (vítima, ofensor, comunidade e demais interessados), apresenta-se como modalidade de justiça apta a corrigir e a ensinar resultados mais próximos da função da pena aos conflitos da atualidade. Outrossim, sua vantagem parece se manifestar exatamente na expansão do acesso à justiça, por meio do favorecimento dado às pessoas envolvidas no conflito de participarem de modo direto de seus métodos, processos e busca por soluções.

Elevada sob o respaldo de fundamentos como a participação, a seriedade, o respeito e a responsabilidade, a justiça restaurativa possui no diálogo um mecanismo habilitado para dirimir litígios que, se fossem submetidos ao Poder Judiciário, exigiriam tempo, gastos e dificilmente alcançariam o propósito que se procura, qual seja, a efetuação do que seja “justo”.

Todavia, a harmonização das práticas restaurativas com o padrão brasileiro de justiça defronta-se com consideráveis desafios, quais sejam, a questão da autonomia em relação ao Poder Judiciário e a inexistência de legislação que a regularize.

Ademais, é crucial ressaltar que o maior desafio da justiça restaurativa está em derrubar a mistificação criada em torno da ideia que ela difunde, ainda considerada impossível por muitos. A interferência de uma linhagem caracterizada e marcada pela retribuição, certamente, é decisiva para essa resistência. No entanto, tem-se que o momento é de mudança de paradigma e de procura por resultados mais hábeis, céleres e, também, inclusivos. As formas alternativas de resoluções de conflitos são notáveis caminhos para se alcançar tais objetivos e os ditames da justiça restaurativa se adaptam perfeitamente nesta perspectiva.

Apesar da existência desses obstáculos, as experiências restaurativas no Brasil, em especial quando envolvem os crimes de menor potencial ofensivo, já demonstram que os resultados têm sido satisfatórios e, por conta disso, a tendência é a expansão dos espaços que fazem uso da justiça restaurativa. Além do mais, o ordenamento jurídico brasileiro já possibilita a compatibilidade desse meio alternativo, que é permitido, por exemplo, pela Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Considerados os desafios levantados, a reflexão jurídica brasileira reclama maior atenção ao assentimento do sistema restaurativo como uma oportunidade tangível para o enfrentamento de conflitos penais, notadamente aos que envolvem os crimes de menor potencial ofensivo.

Referências

ARAUJO, R. O. S. *Mediação penal na Delegacia de Brumado: Projeto de Intervenção para crimes de menor potencial ofensivo. Projeto apresentado com vistas à obtenção de título de mestre.* Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

AZEVEDO, A. G. de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal.* In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos.* Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 135-162.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas.* Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, 125p.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 30 abr.2016.

BRASIL. *Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 30 abr.2016.

CARINHANHA, A. M. dos S. C. *A mediação penal extrajudicial enquanto possibilidade e travessia: efeitos sociológicos e (não) jurídicos.* Canoas: UnilaSalle, 2015.

CARVALHO, L. M. S. dos S. *Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira.* In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos.* Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 213-226.

INSTITUTO ELO. *Defesa Social amplia atuação do programa Mediação de Conflitos.* Disponível em: <<http://www.institutoelo.org.br/site/noticias/leitura/96>>. Acesso em: 30 abr.2016.

JACCOUD, M. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa.* In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos.* Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 163-188.

LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal.* 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 1013p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.* 37ª Sessão Plenária, 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0%22%20%5C1%20%22.Vuaxt5MrLVo#Vu8vxtIrLIU>>. Acesso em: 20 mar.2016.

OXHORN, P; SLAKMON, C. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa*

no Brasil. In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 189-212.

PAZ, S. S.; PAZ, S. M. Justiça Restaurativa – Processos possíveis. In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 125-130.

PAZ, S.; PAZ, S. M. Mediação Penal – Verdade – Justiça Restaurativa. In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 131-134.

PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 19-40.

ROXIN, C. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 239p.

SALES, L. M. de M.; SARAIVA, V. C. M. A Mediação de Conflitos e a Segurança Pública – O Relato de Uma Experiência. Novos estudos jurídicos. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 18 - n. 1 - p. 23-35 / jan-abr 2013.

SICA, L. *Bases para o modelo brasileiro de Justiça Restaurativa. Direito Público institucional*. Rio de Janeiro, 2006.

SICA, L. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 263p.

TOURINHO, L. de O. S. Mediação penal: uma proposta pluralista como consequência jurídica autônoma. Vitória da Conquista: *Revista Ciência & Desenvolvimento*, 2012.

VASCONCELOS, C. E. de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, 206p.

ZEHR, H. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>>. Acesso em: 16 mar.2016.

Data de Submissão: 09/11/2016

Data de Aprovação: 22/12/2016