



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO ESPAÇO DE CONSENSO DA
PEQUENA CRIMINALIDADE

Márcia Costa Xavier

Rio de Janeiro
2018

MÁRCIA COSTA XAVIER

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO ESPAÇO DE CONSENSO DA
PEQUENA CRIMINALIDADE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO ESPAÇO DE CONSENSO DA PEQUENA CRIMINALIDADE

Márcia Costa Xavier

Graduada em Direito pela Universidade
Estácio de Sá.

Resumo – A justiça penal consensual alterou significativamente o sistema criminal pátrio com a introdução de institutos despenalizadores na resolução de conflitos de menor potencial ofensivo a partir dos anos 90. Passados mais de vinte anos de existência do modelo consensual, as estatísticas apontam que a adoção de alternativas penais ultrapassaram à pena privativa de liberdade. Diante dessa realidade, é possível levantar a hipótese de que o exercício da autonomia da vontade do autor do fato contribuiu para maturidade da sociedade em relação às possibilidades de participação democrática na administração da Justiça, favorecendo a diminuição da reincidência e a ressocialização do autor do fato. De forma que essa atuação da justiça penal consensual pode romper a lógica punitiva estatal mediante o aperfeiçoamento dos institutos despenalizadores.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Autonomia da Vontade. Pequena criminalidade.

Sumário – Introdução. 1. A justiça penal consensual como mecanismo de acesso à justiça para participação democrática dos interessados na resolução de seus conflitos na sociedade. 2. Em que grau de efetividade os institutos despenalizadores atuam na redução da reincidência e na ressocialização do autor do fato. 3. Os meios alternativos de resolução de conflitos são eficazes no rompimento da lógica punitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a justiça penal consensual que inaugurou nos anos 90 uma nova forma de pensar a questão criminal no ordenamento jurídico pátrio. Com a introdução de mecanismos de diálogo para resolução de conflitos de menor potencial ofensivo, as partes envolvidas participam na tomada de decisão relativa à adoção de medida não privativa de liberdade pelo sistema de justiça criminal.

Nesse contexto, a pesquisa se justifica pelo interesse em discutir a autonomia de vontade consubstanciada na prática do diálogo pelas partes envolvidas no conflito, como instrumento para a efetividade do direito, oferecendo uma nova abordagem na dinâmica dos fatos, como também fonte para a construção de um processo penal comunicativo e acessível à sociedade, uma vez que o exercício constante e permanente do diálogo pode ser um caminho de ruptura da lógica punitiva.

Para tanto, o artigo está dividido em 3(três) capítulos.

No primeiro capítulo discute em que medida a adoção do modelo de justiça penal

consensual contribui para o acesso à justiça de forma a promover a participação democrática dos interessados na resolução de seus conflitos na sociedade. Com efeito, os dois modelos de processo penal no ordenamento jurídico pátrio são objetos de análise para que se possa confirmar que a convivência entre eles pode favorecer a formação de um processo penal comunicativo e acessível na sociedade.

No segundo capítulo, questiona em que grau de efetividade os mecanismos de diálogo promove a redução do instituto da reincidência e favorece a reintegração do infrator na sociedade, tendo em conta o alto índice de encarceramento nos últimos anos. Comporta, portanto, análise das práticas de justiça penal consensual que garantam a efetividade da prestação jurisdicional proposta pelo sistema criminal na redução/suspensão da pena e na reintegração social do infrator.

E, no terceiro capítulo, a pesquisa verifica em que sentido os meios alternativos de resolução de conflitos estão sendo efetivamente empregados para que a lógica punitiva seja rompida na pequena criminalidade. Com efeito, busca defender que esses mecanismos propostos pela justiça penal consensual podem contribuir para a maturidade da sociedade na resolução dos conflitos.

Sendo assim, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo que consiste na eleição de uma questão problematizante, da qual é formulada 3(três) hipóteses para análise do objeto de estudo, que no curso da investigação, são comprovadas ou rejeitadas no estabelecimento de uma proposição.

Por fim, utiliza-se a pesquisa bibliográfica que permite a reunião da produção acadêmica pertinente ao objeto de estudo, incluídas ainda legislação e jurisprudência. Com efeito, a forma de obtenção dos dados é a consulta a sites relacionados a leis, artigos científicos e teses acadêmicas.

1. A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS INTERESSADOS NA RESOLUÇÃO DE SEUS CONFLITOS NA SOCIEDADE

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 98, *caput*, inciso I¹, determinou a

¹Art. 98, CRFB: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

criação de juizados especiais no âmbito federal, distrital, territorial e estadual para as infrações penais de menor potencial ofensivo, em razão da necessidade de procedimentos adequados para efetividade da norma penal. Com efeito, esse comando constitucional assegura que a pretensão punitiva estatal seja efetivada pela adoção de mecanismos de resolução de conflito em substituição à aplicação da pena privativa de liberdade presente no processo penal tradicional.

Para tanto, em 1989, foi apresentado o Anteprojeto de Lei para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, tendo como pontos principais assim salientados pela Comissão: “ busca dar efetividade à norma penal, ao mesmo tempo em que privilegia os interesses da vítima, sem descurar jamais das garantias do devido processo legal.”²

Passado o debate público, em 26 de setembro, é editada a Lei nº 9.099/95 que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais. Inegavelmente, é uma nova forma de pensar a questão criminal no ordenamento jurídico pátrio. Seu desenho institucional autoriza uma reação estatal punitiva distinta para a pequena criminalidade, assim considerada as contravenções penais e os crimes que não ultrapassem a pena máxima não superior a 2(dois) anos, cumulada ou não com multa³, com aplicação de medidas penais e processuais pela via do consenso, com o intuito de evitar a pena privativa de liberdade.

Para Grinover⁴, a lei representa uma ruptura do sistema penal tradicional, em especial, com a adoção de um modelo consensual e de medidas despenalizadoras, inspirados pelas tendências mundiais de desformalização do processo. Para ela, é um modelo de justiça criminal que contribui para desburocratização no sistema de justiça criminal, como também permite uma pronta resposta estatal ao delito, incluindo, ainda, a reparação dos danos à vítima e ressocialização do autor dos fatos.

Por sua vez, Nereu José Giacomolli⁵ ensina que a Lei nº 9.099/95 institui um

² Comissão composta Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Carlos Viana Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves – trecho extraído da Exposição de Motivos do Anteprojeto Apêndice - GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 415-425.

³ Inicialmente a Lei nº 9.099/95 definiu as infrações penais de menor potencial, aquelas com pena máxima até 1(um) ano. Com a edição da Lei nº 10.259/2001, que trata dos Juizados Especiais Criminais Federais, esse teto passou para 2(dois)anos. Por fim, a Lei nº 11.313/2006, passou a considerar as a pena máxima de 2(dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.41-42 e 49.

⁵GIACOMOLLI apud ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 150.

“microssistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não totalmente independente, pois se aplicam, subsidiariamente, as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

Como bem salientado pelos especialistas da comunidade jurídica, os juizados especiais representaram um novo marco institucional no sistema de justiça criminal. Seu caráter inovador possibilita uma atuação estatal mais próxima da realidade social, estimulando a participação democrática das partes envolvidas na busca da solução do seu conflito.

Esse modelo consensual deita suas raízes em 3 (três) princípios fundamentais, como bem ensina Molina e Gomes⁶ em sua obra *Criminologia*: princípio da oportunidade regrada, princípio da autonomia da vontade e princípio da desnecessidade da prisão. Em apertada síntese, o princípio da oportunidade regrada é aplicado quando para propor alguma medida alternativa, o órgão ministerial pode dispor da *persecutio criminis*; o princípio da autonomia da vontade consiste na manifestação do autor do fato quanto à aceitação ou não da medida alternativa para o conflito, sem essa manifestação não se pode impor a alternativa penal; e por fim, o princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração, uma vez que o cumprimento da medida alternativa fora do cárcere é muito melhor para a ressocialização do beneficiário.

Há, portanto, uma base principiológica que orienta as regras elencadas para aplicação das medidas despenalizadoras. O que demonstra que outros direitos e garantias fundamentais complementam o arcabouço principiológico inerente ao processo penal clássico, principalmente, em razão do caráter ilícito da infração penal.

Nesse sentido, as 4 (quatro) medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95, quais sejam: 1- composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único); 2 – transação penal (art. 76); 3 – exigência de representação nas lesões corporais (art. 88); 4 - suspensão condicional do processo penal (art. 89), visam afastar a pena privativa de liberdade.

Todas essas possibilidades introduzidas pela Lei nº 9.099/95 representam um espaço de diálogo que não é disponibilizado no sistema processual tradicional. Aqui, a atuação das partes tem um caráter não adversativo. É estabelecido um campo de consenso, no qual os interesses da vítima, a ressocialização do autor do fato por outras vias alternativas e o exercício do diálogo para resolução do conflito se manifestam para promoção da pacificação social.

⁶ MOLINA, Antonio Garcia-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6.ed. ref., atual., ampl., São Paulo: RT, 2008, p. 511-515.

Para Grinover⁷, esse modelo de justiça criminal abarca as tendências da desformalização do processo, dentre elas: a) quando na composição dos danos civis e na transação penal, valoriza “ a participação popular na administração da Justiça, em respeito ao princípio democrático do envolvimento do corpo social na solução das lides”, rompendo assim “ o sistema fechado e piramidal da administração da Justiça exclusivamente feita pelos órgãos estatais.” ; b) que “ a revitalização das vias conciliativas” - não baseada no discurso de autoridade – alcance uma solução para o conflito mais ampla, permitindo maior aproximação da pacificação social; c) que a vítima passa a exercer um papel ativo na satisfação de seus interesses até então esquecida pelo sistema processual penal.

Por outro lado, a institucionalização dos juizados especiais criminais sofreu muitas críticas no que pertine possíveis violações aos direitos e garantias constitucionais assegurados no modelo processual penal tradicional. Isso porque a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, assegura direitos e garantias que protegem o cidadão do exercício do poder punitivo do Estado, dentre eles: o princípio do devido processo legal previsto no inciso LIV e seus corolários⁸, que consubstancia o modo pelo qual o Estado Democrático de Direito deve proceder nas situações em que a pessoa poderá ser privada de sua liberdade e de seus bens.

Para alguns especialistas⁹, as formalidades legais previstas pela Lei nº 9.099/95 não observam o devido processo legal. Em destaque, a aplicação do instituto da transação penal sob o fundamento que a aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa violaria o artigo 5º, LIV da Constituição Federal. O que compromete o direito do acusado ao acesso à justiça assim assegurado no texto constitucional.

Em que pese o posicionamento doutrinário, a justiça penal consensual limitada ao espaço de diálogo entre as partes também observa o princípio do devido processo legal. Isso porque a aplicação de quaisquer mecanismos de resolução de conflitos deverá estar em consonância com a Constituição Federal.

Aliado a isso, o modelo processual penal tradicional está delimitado pelo espaço do conflito marcado pela contrariedade e pelo antagonismo, sendo exigido maior grau o respeito

⁷GRINOVER apud RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *Juizados Especiais Criminais: da Justiça consensual à construção da solução do conflito: um estudo em homenagem ao Professor Doutor Luis Alberto Warat*, nos cinco anos de seu falecimento e nos 20 anos de vigência da Lei nº 9.099/95. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. Maringá. v.16. n.1, p. 29.

⁸LIV – Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁹Para Geraldo Prado, há contradição quando se adota um método diferente de apuração da responsabilidade penal de alguém, que supre o devido processo legal previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

aos direitos e garantias constitucionais¹⁰, em se tratando de uma resposta adequada à conduta delitiva. Por seu turno, é um sistema de justiça criminal fechado e piramidal, exclusivamente, administrado pelos órgãos estatais, sem qualquer possibilidade de aplicação de outras formas de resolução de conflitos.

Assim, pode-se afirmar que há dois modelos de justiça criminal no ordenamento jurídico pátrio que promovem o acesso à justiça aos cidadãos, sem que haja qualquer conflito entre seus desenhos institucionais. Ainda que haja críticas da comunidade jurídica ao modelo consensual, não se pode olvidar da sua importância para a participação democrática das partes envolvidas na resolução de seus conflitos.

2. EM QUE GRAU DE EFETIVIDADE OS MECANISMOS DE DIÁLOGO PROPOSTOS PELA JUSTIÇA CONSENSUAL ATUAM NA REDUÇÃO DA REINCIDÊNCIA E NA RESSOCIALIZAÇÃO DO AUTOR DO FATO

A análise da efetividade dos mecanismos de diálogos propostos pela Lei nº 9.099/95 na redução da reincidência e na ressocialização do autor do fato perpassa a questão do estabelecimento das condições legais e judiciais pela autoridade competente¹¹ para o cumprimento da medida alternativa aliada à identificação do perfil do beneficiário.

Para tanto, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade – Regras de Tóquio¹² – apontam no seu capítulo V - Execução das medidas não privativas de liberdade – Item 12.2 que as condições para a utilização de medidas não privativas de liberdade “devem ser práticas, precisas e no menor número possível com intuito de evitar a reincidência e aumentar as oportunidades de reintegração social do infrator, levando também em consideração as necessidades da vítima.”

Esta orientação visa a despertar na autoridade competente quanto à necessidade de adequação das condições impostas ao beneficiário, sem descuidar das necessidades da sociedade e da vítima. Com efeito, na suspensão condicional do processo, o artigo 89, § 1º da Lei nº 9.099/95 estabelece as condições legais que o beneficiário deverá cumprir no período de prova, sendo facultado ao juiz especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, conforme o disposto no artigo 89, § 2º do mencionado diploma.

¹⁰MOLINA, op. cit., p. 508.

¹¹Dependendo do instituto despenalizador, a autoridade competente poderá ser o Ministério Público ou Juiz.

¹²As Regras de Tóquio foram recomendadas na Assembleia Geral do 8º Congresso das Organização das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Seu conteúdo é um guia sobre a aplicação e execução de medidas não privativas de liberdade, sendo, portanto, um referencial importante à substituição de pena privativa de liberdade nos casos de baixo ou médio potencial ofensivo e baixa reprovabilidade.

Em que pese a obrigatoriedade das condições legais¹³, elas devem ser práticas e úteis em conformidade com a realidade do beneficiário, não podendo seu conteúdo criar situações constrangedoras que venham violar o princípio da dignidade, como bem se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no acórdão abaixo:

HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APLICABILIDADE DOS INCISOS II, III E IV DO ARTIGO 89 DA LEI 9.099/95. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 28, INCISO III, DA LEI 9.605/98. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO PACTO ACORDADO. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÃO VIOLADORA DA DIGNIDADE HUMANA. PROCEDÊNCIA. EXPOSIÇÃO DESNECESSÁRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ARTIGO 1º, III). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.¹⁴

Ainda sobre o tema, Damásio de Jesus¹⁵ ensina na obra *Penas Alternativas* que podem ser incluídas as condições que reforçam o senso de responsabilidade do delinquente¹⁶ com respeito à sociedade e sua família, sem, contudo, prejudicar a capacidade do beneficiário de assumir suas responsabilidades familiares. Isso porque o beneficiário do instituto despenalizador não se afasta do convívio familiar, profissional e social durante o cumprimento da medida alternativa.

Complementando os comentários acerca do item 12 das Regras de Tóquio, Damásio de Jesus explica que as condições constituem instrumentos importantes para a execução de medidas não privativas de liberdade seja para o delinquente, seja para os agentes públicos envolvidos na supervisão. Uma vez que o descumprimento das condições pode ensejar consequências graves, como por exemplo, a revogação da medida alternativa. O que evidencia a importância da participação da sociedade no curso do cumprimento da medida alternativa pelo beneficiário, tendo em conta que a execução ocorre no seio da sociedade.

Somado a isso, a identificação do perfil do beneficiário levantada pela equipe especializada é um elemento relevante na execução das condições impostas pelo magistrado. Dependendo da relação entre a prática delituosa e o histórico de vida do beneficiário, é possível identificar a forma como ele se comportará frente às condições legais e judiciais estabelecidas na audiência admonitória.

¹³Cezar Roberto Bitencourt na obra *Juizados Especiais Criminais Federais* ensina que as condições legais são obrigatórias. Contudo, o magistrado pode aplicar uma ou mais condições a depender do caso concreto.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 39576/BA*. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1641094&num_registro=200401613709&data=20050314&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em 02 mar 2018.

¹⁵JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.255.

¹⁶Damásio explica que o termo “delinquente” refere-se a todas as pessoas contra quem houve acusação, julgamento ou execução de sentença – Regra 2.1 . No final do parágrafo, o documento esclarece que estes indivíduos são denominados infratores, sejam eles suspeitos, acusados ou condenados.

Especialistas apontam que o beneficiário do sistema criminal alternativo costuma apresentar 3(três) tipos básicos de perfil, quais sejam perfil de baixa, média e alta complexidade. No perfil de baixa complexidade, o beneficiário não representa risco à sociedade e a prática delituosa ocorreu de forma tangencial na vida pessoal deste sujeito. Sendo assim, a aplicação da medida alternativa serve como correção e prevenção em relação à conduta delitiva do beneficiário.

Já no perfil de média complexidade, o beneficiário apresenta sinais comportamentais que embora não representem risco à convivência social, a prática delituosa ocorre de forma sintomática no seu histórico de vida. Por fim, o perfil de alta complexidade compreende dois aspectos: um que resulta de um problema de saúde física ou mental, por exemplo, dependência química; e, o outro deriva da participação efetiva em rede criminosa.

Nota-se, portanto, que a aplicação das condições legais e/ou judiciais não deve dispensar uma análise conjunta com o perfil do beneficiário identificado pela equipe interdisciplinar do poder judiciário. Com efeito, essa atuação institucional pode contribuir significativamente para maior efetividade no cumprimento da medida não privativa de liberdade no sentido de diminuir os casos de reincidência e facilitar a reintegração do infrator na sociedade, conforme recomendação nas Regras de Tóquio.¹⁷

Nesse contexto, Araújo¹⁸ afirma que o sistema criminal alternativo¹⁹ deve gerar um resultado de natureza jurídica-social, articulado entre o Estado e a sociedade civil organizada, para garantir uma resposta penal eficaz e a construção de uma política criminal diferenciada.

Em que pese os avanços na implementação das alternativas penais nos últimos 20(vinte) anos, não se têm registros efetivos quanto aos índices de reincidência entre os beneficiários dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, podendo, no máximo, afirmar a existência de alguma avaliação por parte de poucas unidades da federação que tenham um sistema de controle no cumprimento das alternativas penais²⁰.

Somado a isso, na publicação Dez anos da Política Nacional de Penas e Medidas

¹⁷REGRAS DE TÓQUIO, op. cit., nota 12.

¹⁸ARAÚJO, Márcia de Alencar. *Análise qualitativa das penas e medidas alternativas: destinação e eficácia no Brasil*. Cadernos Temáticos da CONSEG – segurança com cidadania nas penas e medidas alternativas, Brasília, Ministério da Justiça, n. 3, a. 1, p. 31-43, 2009.

¹⁹O sistema alternativo passou a ser tratado como política pública criminal, em 2000, quando foi criada a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), fruto do Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça. Posteriormente, esse modelo foi replicado em todas as unidades da federação.

²⁰Informação extraída do Relatório Final do Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas - ILANUD/Brasil, 2006.

Alternativas²¹, a autora aponta que há divergências quanto à metodologia a ser aplicada quanto à comparação quantitativa entre a pena de prisão e as sanções alternativas. Contudo, ela acrescenta que, de forma não científica, as sanções de natureza não privativa de liberdade superaram as penas privativas de prisão.

Compulsando o site do Ministério da Justiça²², foram identificados alguns trabalhos²³ que indicam os baixos índices de reincidência no âmbito das alternativas penais. Dentre eles, o estudo realizado por Castilho e Barreto destaca que a aplicação da suspensão condicional do processo apresentou um índice de reincidência de 24,2% no caso de primeira suspensão condicional do processo e “aqueles que não foram presos cautelarmente e que tiveram a suspensão condicional como resultado do processo apresentaram o índice de 17,2% de reincidência.”

Da leitura da pesquisa, extrai-se que os baixos índices da reincidência na aplicação do instituto despenalizador – suspensão condicional do processo – significam que a operacionalidade pretendida pelo sistema alternativo penal pode modificar substancialmente a realidade do autor do fato no sentido de afastá-lo do sistema prisional. Por conseguinte, dos efeitos estigmatizadores da pena privativa de liberdade que inibem a sua reintegração social.

Outrossim, a pesquisa aponta que a escolha do instituto despenalizador para aplicação da medida alternativa pode influenciar sua efetividade. É a hipótese, por exemplo, da suspensão condicional do processo. Esse instituto possui características favoráveis que “asseguram o equilíbrio adequado entre os direitos dos infratores, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e a prevenção do crime.”²⁴

Com base nos estudos acima apontados, pode-se afirmar, portanto, que o grau de efetividade dos mecanismos de diálogo propostos pela justiça consensual é satisfatório. Haja vista os baixos índices de reincidência. O que evidencia o potencial valor do sistema alternativo na ressocialização do autor do fato.

²¹ BARRETO, Fabiana Costa de Oliveira. *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas: antecedentes e conquistas*. Ministério da Justiça. Brasília, 2010.

²² BRASIL. *Ministério da Justiça. Pesquisas relacionadas a penas e medidas alternativas*. Disponível em : <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/pesquisas>. Acesso em: 02 mar. 2018.

²³ Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas - realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD/Brasil, no período de dezembro de 2004 e janeiro de 2006, SANT’ANNA, P. R. Reincidência em Penas Alternativas. 2008; Aplicação de Penas e Medidas Alternativas - IPEA, 2015. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. Roubos e Furto no DF; Avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade, ESMP/MPDFT e Grupo Candango de Criminologia de Pesquisa da UNB, 2008.

²⁴ Um dos objetivos fundamentais expostos nas Regras de Tóquio no item 1.4.

3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SÃO EFICAZES NO ROMPIMENTO DA LÓGICA PUNITIVA

O modelo político-criminal pátrio é, marcadamente, repressivo. Seu conteúdo normativo é caracterizado por edição de leis mais punitivas, criminalização da vida privada, sanções desproporcionais e restrições às garantias processuais dos acusados²⁵. O que revela uma racionalidade punitiva centrada na aplicação de pena para toda e qualquer infração. Não admitindo, portanto, a possibilidade de outra forma de pensar para resolução de conflitos na seara penal.

Por outro lado, a política criminal alternativa assim compreendida como outra forma de reação ao crime, circunscrita para infrações de menor potencial ofensivo, representou uma solução viável no aperfeiçoamento do sistema criminal vigente com a introdução de mecanismos despenalizadores na resolução de conflitos.

Como bem ensina Sica²⁶, a despenalização é um processo de redução intermediário do sistema penal, por meio da diminuição da possibilidade de aplicação da pena a certas condutas que persistem tipificadas como crime, mas considerados de menor gravidade. Com efeito, é uma iniciativa muito mais receptiva no tratamento da criminalidade que qualquer modalidade de encarceramento, tendo em conta que o infrator não passa pela experiência do cárcere.

É cediço que, nos dias atuais, tem-se o aumento exagerado de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas em relação às presas. De acordo com os dados apontados por Achutti²⁷, em 2009, havia mais de milhão e duzentas pessoas submetidas ao sistema legal de controle de crime, aproximadamente 671.078 (seiscentas e setenta e uma mil e setenta e oito) pessoas cumpriam penas e medidas alternativas e 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presas.

Esse número elevado de medidas alternativas pode significar uma ruptura da lógica punitiva centrada no cárcere, tendo em conta o caráter inovador da justiça penal consensual com a utilização da pena privativa de liberdade como *ultima ratio*. Por outro lado, não se pode perder de vista, ainda que as medidas alternativas sejam mais vantajosas à prisão, que os

²⁵Os autores Salo de Carvalho, Guilherme Augusto Dorneles de Souza e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo propõem uma análise das alternativas penais no contexto da racionalidade punitiva centrada no cárcere.

²⁶SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.130.

²⁷ACHUTTI, Daniel. Reformando o poder punitivo: obstáculos a uma reforma significativa da lei penal e os casos das Leis ns. 9.099/95 e 11.340/2006 no Brasil. In: _____. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal. Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127-185.

vestígios da racionalidade punitiva persistem no âmbito da política criminal alternativa.

Diante dessa realidade, a literatura especializada²⁸ abordou o problema sob duas perspectivas. Na primeira perspectiva, identificou que a coexistência entre os dois sistemas punitivo e alternativo não gera conflito entre eles. Isso porque a aplicação das medidas alternativas não possui relação direta com a redução na utilização da prisão, ainda que tenha sido defendido, inicialmente, em razão da superlotação dos presídios.

Por sua vez, a segunda perspectiva identificou as medidas despenalizadoras como mecanismos de relegitimação da lógica do encarceramento sob o fundamento que exercem um papel complementar que amplia a rede de controle penal formal do Estado. Corroborando esse entendimento, o aumento expressivo de infratores beneficiados pelas medidas despenalizadoras no sistema criminal, sem que houvesse efetiva substituição da pena de prisão.

Azevedo²⁹ aponta que a implementação de alternativas penais à prisão buscou meios mais eficazes e menos onerosos para o controle de certas condutas, sem, contudo, implicar ampliação da tolerância ou uma renúncia do Estado ao controle. Sobre o tema, a pesquisa acadêmica realizada por Copetti³⁰ sobre a legislação penal produzida entre 1988 até 2011 identificou 39 leis que instituíram tipos penais, apontando também que dos 869 tipos incriminadores, aplica-se a transação penal para 322 tipos, e a suspensão condicional do processo para 455 tipos penais.

Tudo isso demonstra que o modelo político-criminal expandiu o Direito Penal aliado à política penal alternativa, ampliando as possibilidades de utilização dos mecanismos despenalizadores. Não havendo, portanto, qualquer processo seletivo de certas condutas que se apresentaram com escassa lesividade, ao longo dos vinte anos da implementação da Lei nº 9.099/95³¹, que tenham sido descriminalizadas. Pelo contrário, o legislador instituiu novos tipos penais que permitem a aplicação do mencionado diploma legal.

Não se pode esquecer que a Lei nº 9.099/95³² não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Mas, tão-somente disciplinou quatro medidas despenalizadoras que afastam a

²⁸ SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Analisar alternativas à prisão: proposta para superar uma dicotomia*. O público e o privado – n. 26, p.115-138, jul./dez. 2015.

²⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCRim, 2000, p. 45.

³⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. *É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?* Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas, v. 11, n. 16, p. 255-286, 2011.

³¹ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 13 set 2017.

³² BRASIL, op. cit., nota 31.

pena de prisão. Com efeito, a partir deste contexto, é possível analisar se os mecanismos despenalizadores propostos pela justiça penal consensual são eficazes para romper a lógica punitiva.

Destaca-se, para análise, a suspensão condicional do processo. Isso porque o instituto tem sido amplamente utilizado pelo sistema alternativo. Ele deriva da autonomia da vontade do acusado que pode aceitar ou não aceitar a solução alternativa³³, conforme os termos do artigo 89, da Lei nº 9.099/95.

Em apertada síntese, a proposta de suspensão condicional do processo ocorre, em princípio, no momento do oferecimento da denúncia. Porém, nada impede que venha ser ventilada no curso do processo. É importante destacar que a manifestação do acusado não se direciona acerca da culpabilidade. Mas, tão-somente sobre as condições oferecidas pelo Ministério Público.

Aceita a proposta, o juiz designará audiência admonitória para formalização das condições legais e/ou judiciais que o denunciado deverá cumprir no curso do período de prova. Cumprido o período de prova, sem que tenha havido revogação nos termos do artigo 89, parágrafo 5º da Lei nº 9.099/95, após ouvir o Ministério Público, o juiz declarará extinta a punibilidade do acusado. Por outro lado, se houver o descumprimento das condições acordadas na audiência admonitória pelo denunciado, antes de decretar a revogação e reiniciar o processo com todas as formalidades do devido processo legal, o juiz deverá ouvir o denunciado.

Em que pese o caráter restritivo das condições elencadas no artigo 89, parágrafo 1º e seus incisos da Lei nº 9.099/95, o denunciado não deixa de interagir com a sociedade. Aqui se verificam as recomendações propostas pelas Regras de Tóquio quando orientam da importância da participação da sociedade na administração da justiça, como também a conscientização do denunciado da infração praticada no meio social. Tudo isso demonstra que não há enfoque no poder punitivo estatal.

É bom ressaltar que a prática de infração penal atinge não só o infrator e a vítima, mas também seus familiares, a sociedade e o Estado. De forma que, a implementação de políticas públicas criminais deve ser direcionada para a valorização do ser humano, resgatando os valores permanentes de uma sociedade justa, solidária e livre. Por conseguinte, urge o retorno de uma agenda pública que discuta sobre a racionalidade punitiva centrada no cárcere.

³³ PELLEGRINI, Ada *et al.* *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei nº 9.099/95. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

A suspensão condicional do processo é um instrumento eficaz para romper com a lógica punitiva centrada no cárcere. Sob um outro olhar, o autor do fato é reconhecido como uma pessoa que cometeu um erro, devendo reparar o dano causado, sem contudo, ser privado de sua liberdade.

CONCLUSÃO

A justiça penal consensual é um mecanismo de acesso à justiça para participação democrática dos interessados na resolução de seus conflitos. Isso porque amparada por princípios que orientam a aplicação dos institutos despenalizadores, ela permite que as partes se manifestem acerca da adoção ou não da medida alternativa à prisão.

Por outro lado, esse caráter dialogal no âmbito da justiça penal consensual não têm sido exercido, plenamente, pelas partes em razão da ausência de acompanhamento contínuo e permanente de aperfeiçoamento na compreensão acerca do significado do espaço de consenso para o exercício da cidadania.

Com efeito, as partes se comportam nos moldes do sistema processual penal tradicional. Isso pode ser verificado nas audiências admonitórias quando o autor do fato raramente expõe seu posicionamento sobre as condições legais e/ou judiciais a serem cumpridas no período de prova.

O modelo consensual sofreu críticas em relação a possível violação de direitos e garantias fundamentais assegurados no sistema criminal tradicional, dentre eles: o devido processo legal. Porém, a aplicação dos institutos despenalizadores está em consonância com a norma constitucional.

No que diz respeito à efetividade do direito no âmbito da justiça penal consensual, o conteúdo das condições legais e/ou judiciais estabelecidas para o cumprimento da medida alternativa aliado ao perfil do beneficiário têm repercutido para o êxito da medida alternativa. Com efeito, essa forma de condução interdisciplinar influencia expressivamente na diminuição da reincidência e facilita a reintegração do autor do fato na sociedade.

Sem sombra de dúvida, a suspensão condicional do processo possui características favoráveis para alcançar a efetividade do direito. Isso porque a participação do autor do fato na tomada de decisão quanto à aplicação ou não do instituto constitui um fator de comprometimento e conscientização por parte dele. Por conseguinte, a chance de revogação da medida alternativa é mínima.

O caráter restritivo das condições legais e judiciais impostas ao autor do fato permite sua interação com a sociedade, promovendo a ressocialização de imediato e, no mesmo passo, afastando o efeito estigmatizante da pena privativa de liberdade. Essa participação da sociedade na etapa de cumprimento da medida alternativa é um fator relevante na modificação da realidade social do autor do fato no sentido de afastá-lo da prática delitiva.

Ainda que a justiça penal consensual aplicada às infrações de menor potencial ofensivo não tenha influenciado na ruptura da racionalidade punitiva centrada no cárcere, a participação democrática das partes envolvidas no conflito é essencial para maturidade da sociedade. Posto que esse exercício constante e permanente pode fornecer subsídios para construção de um processo penal comunicativo e acessível à sociedade, no qual seja compreendido que a prática de infração penal atinge não só o infrator e a vítima, mas também seus familiares, a sociedade e o Estado.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Reformando o poder punitivo: obstáculos a uma reforma significativa da lei penal e os casos das Leis ns. 9.099/95 e 11.340/2006 no Brasil*. In: _____. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127-185.

ARAÚJO, Márcia de Alencar. *Análise qualitativa das penas e medidas alternativas: destinação e eficácia no Brasil*. Cadernos Temáticos da CONSEG – segurança com cidadania nas penas e medidas alternativas, Brasília, Ministério da Justiça, n. 3, a. 1, p. 31-43, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCRim, 2000.

BARRETO, Fabiana Costa de Oliveira. *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas: antecedentes e conquistas*. Ministério da Justiça. Brasília, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juízados especiais criminais federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001*. 2.ed.rev. São Paulo:Saraiva, 2005.

BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 13 set 2017.

_____. Ministério da Justiça. Pesquisas relacionadas a penas e medidas alternativas. Disponível em : <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/pesquisas>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 39576/BA*. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?compo>

nente= ATC&sequencial=1641094&num_registro=200401613709&data=20050314&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em: 02 mar. 2018.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth M. Chittó. (org.). *Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Juizados Especiais Criminais: da Justiça consensual à construção da solução do conflito: um estudo em homenagem ao Professor Doutor Luis Alberto Warat, nos cinco anos de seu falecimento e nos 20 anos de vigência da Lei nº 9.099/95. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. Maringá. v.16. n.1, p. 25-48, jan/abr. 2016.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?* Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas. v.11.n.16, p. 255-286, 2011.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Analisar alternativas à prisão: proposta para superar uma dicotomia*. O público e o privado – n.26, p.115-138, jul/dez.2015.