

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Mais um passo no caminho da transformação social

Andrey Borges de Mendonça¹

Fernão Pompêo de Camargo²

Katia Herminia Martins Lazarano Roncada³

Sumário: 1 Introdução. 2 O ANPP e seu delineamento básico. 3 Justiça Restaurativa. 3.1 O que propõe a Justiça Restaurativa. 3.2 Princípios da Justiça Restaurativa. 3.3 Vantagens da derivação para a Justiça Restaurativa. 3.4 Garantias de um procedimento justo. 3.5 Procedimento restaurativo. 4 O ANPP como oportunidade de derivação para a Justiça Restaurativa. 5 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é analisar se o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), particularmente à luz da sua regulamentação prevista na Lei n. 13.694/2019, pode se relacionar com a Justiça Restaurativa (JR) e, em caso positivo, de que forma. Em especial, buscar-se-á apurar se é possível que o ANPP possa representar uma “porta de entrada” para a aplicação da JR e de que forma isso pode ocorrer. A grande preocupação é não desfigurar nem descaracterizar a principiologia aplicável aos dois institutos, sobretudo em relação à JR, evitando que sua essência seja desvirtuada, transformando-a em uma modalidade de “tribunal” restaurativo, com lógica assemelhada ao sistema punitivo tradicional. Para tanto, o estudo será dividido nas seguintes partes: (I) o ANPP e o seu delineamento básico; (II) a análise do que propõe a JR, seus princípios básicos, valores e dimensões estruturais; (III) como operacionalizar o ANPP como caminho para a JR.

2 • O ANPP E SEU DELINEAMENTO BÁSICO

O ANPP, originalmente previsto no art. 18 da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e agora disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), inegavelmente é instituto que reforça o consenso no processo penal. Por muito tempo avesso a qualquer solução negocial, o

1 Procurador da República. Doutor e Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, na Espanha.

2 Juiz Federal. Membro do Centro de Justiça Restaurativa da Seção Judiciária de São Paulo (Cejure).

3 Juíza Federal. Coordenadora do Centro de Justiça Restaurativa da Seção Judiciária de São Paulo (Cejure).

Brasil, nos últimos 25 anos, vem ampliando gradativamente os espaços de consenso no processo penal, alinhando-se à maioria dos países do mundo, em que o devido processo consensual já é uma realidade, com tendência expansiva evidente. É certo que o ANPP irá revolucionar a persecução penal nacional, ao permitir a filtragem de uma ampla gama de persecuções, de baixa e média gravidade, considerando que é cabível, entre outros requisitos, para crimes com pena mínima inferior a quatro anos.

Para os fins do presente artigo, vejamos os elementos básicos do ANPP.⁴ Trata-se de um *negócio jurídico processual* formulado entre o Ministério Público e a pessoa do investigado, acompanhado de seu defensor, por meio do qual, com o objetivo de evitar o início do processo penal, o investigado se compromete a cumprir, de imediato, determinadas condições cujo eventual cumprimento levará à extinção da punibilidade, sem que haja o reconhecimento de culpa. Trata-se de situação em que a defesa deixa de apresentar resistência à imputação, tampouco admite sua culpa ou assevera sua inocência (GRINOVER *et al.*, 1996), embora tenha que confessar a prática do ato e preencher outros requisitos. Trata-se de um nítido filtro para persecuções penais de pequena e média gravidade. O fato de se tratar de negócio jurídico traz diversas consequências. Dentre elas, é relevante destacar que não pode ser imposto por uma parte à outra nem pode ser infligido pelo Poder Judiciário a uma das partes. É dizer, a falta de assentimento de uma das partes não pode ser suprida por decisão judicial. Por sua vez, seu conteúdo deve ser estabelecido no caso concreto e não pode ser padronizado, mas sim deve ser objeto de cessões recíprocas. Não deve ser tratado como um contrato de adesão, mas deve ser fixado a partir de cedências recíprocas, adaptando-se ao caso concreto. Em outras palavras, deve ser uma construção própria para as circunstâncias de cada caso concreto.

O art. 28-A do CPP prevê diversos requisitos para que seja possível o acordo, alguns *positivos* – que devem estar presentes – e outros *negativos* – que devem estar ausentes. Vejamos primeiro os requisitos positivos. Deve haver *justa causa* – ou seja, que *não se trate de hipótese de arquivamento do feito*, conforme se extrai da frase inicial do art. 28-A: “Não sendo o caso de arquivamento”. Isso significa que se deve obter um lastro probatório mínimo previamente ao ANPP. Ademais, o crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Há também um requisito objetivo, que impõe que a pena mínima seja inferior a quatro anos (devendo-se, para tanto, considerar as causas de aumento e diminuição). Exige a lei, ainda, que o investigado confesse, formal e circunstancialmente, a prática do delito, ou seja, para fazer jus ao acordo, a pessoa investigada deve reconhecer que praticou a conduta delitiva. Segundo nos parece, embora não de forma exclusiva, a inovação legal busca evitar a realização de acordos com pessoas inocentes. Dito de outra forma, a confissão representa uma garantia mínima de que não se está a fazer acordo com um inocente. Embora haja controvérsia sobre outros temas envolvendo a confissão no ANPP, é de relevo destacar que para a aplicação da JR também se faz necessário o reconhecimento da prática da conduta ilícita pelo autor do fato. Isso porque uma das premissas da JR é que o agente reconheça como verdadeiros os fatos essenciais. Outro requisito para o ANPP é que o *acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*, permitindo que o membro do MP faça uma *análise clínica* do cabimento do ANPP, à luz de todas as circunstâncias do caso concreto.

4 Para aprofundamento em relação ao ANPP, cf. Mendonça (2020).

Trata-se de cláusula de controle. Deve-se analisar se o ANPP servirá para retribuir a conduta delitiva e, ainda, impedir que o agente volte a realizá-la no futuro. Enfim, que o acordo não seja instrumento de fomento da impunidade. O ANPP não se aplica, em tese, para delitos em que as circunstâncias do caso concreto demonstrem especial gravidade, periculosidade do agente ou outras circunstâncias especiais, que desviem o caso do padrão. A Orientação Conjunta n. 3/2018⁵ das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), revisada e ampliada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, assevera que o presente requisito deve ser analisado “tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (artigo 44, inciso III, do Código Penal)” (item 2, h).

Além dos requisitos positivos, previstos no *caput* do art. 28-A do CPP, há requisitos *negativos* – que devem estar ausentes para que seja possível o acordo. O primeiro é *não ser cabível transação penal*. Aqui o legislador estabeleceu, em verdade, uma ordem de prioridade entre os institutos. A transação penal certamente é menos gravosa que o ANPP, pois aquela não exige confissão, e as condições são menos rigorosas. Assim, cabível a transação penal, deve-se dar prioridade para tal instituto. Outro requisito negativo é que não será aplicável o benefício para agentes reincidentes ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do CPP. Assim, essencial que as *circunstâncias pessoais do agente sejam favoráveis*, a indicar que o ANPP se mostre adequado à pessoa do investigado. É dizer, além da adequação objetiva, exige-se adequação subjetiva. Outro requisito negativo é que o agente *não pode ter se beneficiado nos últimos cinco anos anteriores à prática da infração com institutos de consenso* (transação penal, suspensão condicional do processo e ANPP), evitando o risco de fomento à impunidade se fosse permitido ao agente se valer dos instrumentos consensuais em sequência, em curto espaço de tempo. Outro requisito é que *não se trate de crime de violência doméstica ou em razão da condição feminina*. Em virtude do grave problema e dos altos índices de violência doméstica na realidade brasileira, especialmente contra a mulher, o legislador excluiu da esfera de cabimento do ANPP, prévia e abstratamente, os delitos praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do art. 28-A, § 2º, IV, do CPP.

Uma vez preenchidos os requisitos legais, é atribuição do Ministério Público a proposta das condições a serem cumpridas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. A escolha das condições e a necessidade ou não de cumulação deverão estar adequadas à pessoa do investigado (adequação subjetiva) e ao caso concreto (adequação objetiva), sempre à luz da necessidade de prevenir e reprimir a infração. Ademais, a proposta deve estar orientada pelo princípio da proporcionalidade, seja em sua extensão ou gravidade, evitando a padronização ou formato de adesão. A primeira condição que a lei previu foi a *reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo*. Aqui já se demonstra a intenção de prestigiar a vítima – também uma das prioridades da JR. Outra condição é *renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito*

5 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-conjunta-no-3-2018-assinada-pgr-006676712018.pdf>.

do crime. Previu-se, ainda, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução. Essa prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, segundo o art. 46, § 1º, do CP. Também se previu a condição da prestação pecuniária, que é o pagamento de valor a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução. Por fim, há uma cláusula aberta conferida pelo legislador, que permite às partes acordarem outras condições, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. O objetivo dessa cláusula é possibilitar que as partes construam o acordo mais adequado ao caso concreto e à pessoa do investigado. Essa previsão é essencial ao escopo do presente estudo, pois é a porta de entrada para a JR, prevista pela Resolução CNJ n. 225/2016. À frente trataremos de como pode ser estipulada essa cláusula, em especial para atender a voluntariedade, que é um dos princípios basilares da JR.

Por fim, para delinear, ainda que brevemente, o ANPP, é muito importante analisar o seu procedimento, que pode ser desmembrado, para fins didáticos, nas seguintes etapas ou fases: (I) tratativas e negociação do acordo; (II) assinatura; (III) controle judicial do acordo; (IV) fiscalização e decisão final sobre o ANPP.

É possível, nesse trajeto, que surjam incidentes que desviem o procedimento de seu curso normal. Para os fins deste artigo, será analisado apenas o procedimento normal.

Na fase de tratativas, em caso de ação penal pública, as negociações são feitas pelo MP com o investigado, devidamente acompanhado por defensor (público, dativo ou constituído). O magistrado, além de não participar do ANPP, em hipótese alguma pode propor o acordo de ofício ou sem concordância do MP ou, ainda, alterar o conteúdo do acordo estipulado. O ANPP, como negócio processual, “demanda acordo de vontades que não pode ser suprido pelo juiz” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

Sobre a participação da vítima nas tratativas, o art. 28-A do CPP previu a sua intimação em caso de homologação do acordo e em seu descumprimento (§ 9º). Contudo, à luz de todo o contexto de redescoberta da vítima no processo penal, estimulada de maneira uníssona pela normativa internacional e pela jurisprudência das Cortes internacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1996), deve haver preocupação efetiva, global e permanente com a vítima desde o início das tratativas até o final do procedimento. A Recomendação n. 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros da Europa, inclusive, já recomendava que os interesses da vítima deveriam ser levados em consideração em *todas as fases* do processo de justiça criminal, devendo “ser questionada de maneira que se dê devida consideração à sua situação pessoal, seus direitos e sua dignidade”. Por isso a vítima deve ser cientificada e convidada a participar das tratativas do ANPP, assegurando-se direito de ciência, em tempo útil, a respeito das tratativas, direito de fornecimento de informações às autoridades para auxiliar na tomada de decisão e direito de manifestação sobre o cabimento do benefício, sobre as propostas e contrapropostas, e de ter seus interesses globalmente considerados – não apenas patrimoniais – nas tratativas e no próprio conteúdo do acordo. Tanto assim que o art. 28-A do CPP apontou a reparação do dano como condição do ANPP. Na mesma linha, a Resolução n. 181/2017 do

CNMP prevê, no art. 17, que o membro do Ministério Público deve tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos direitos das vítimas, bem como para a reparação dos eventuais danos por ela sofridos. Portanto, deve o MP zelar para que os direitos da vítima, inclusive informacionais, sejam respeitados, trazendo-a para a mesa de negociações sempre que possível. Em conclusão, quanto antes e quanto mais ampla for a participação da vítima no ANPP, melhor.

Outro ponto sensível é a definição do local *onde* devem ocorrer as tratativas do ANPP. Deve-se evitar, salvo quando absolutamente imprescindível, que a negociação ocorra em ambiência do Poder Judiciário. Como se trata de instituto anterior à persecução penal em juízo e, primordialmente, por se basear no consenso, a exigir negociação em nível horizontal entre as partes, deve-se afastar o ambiente judicial, que, além da carga estigmatizante inerente ao processo, traz uma verticalidade pouco compatível com o consenso e com o instituto. Por isso a negociação do acordo deve ocorrer preferencialmente na sede do MP (item 1.4 da Orientação Conjunta n. 3/2018).

Entendendo ser cabível, em tese, o ANPP, o membro do MP deve intimar o investigado, por qualquer meio de comunicação admissível, para que compareça em dia e hora designados, acompanhado de advogado ou defensor público, na sede do MP, caso tenha interesse no acordo de não persecução penal. Veremos, adiante, que no âmbito da JR é vedada a intimação das partes, devendo-se valer de formas não coercitivas de comunicação, tal como o convite. Na data agendada, a reunião somente deve iniciar se presentes o investigado e o defensor, sendo inviável a realização de qualquer tratativa sem a presença deste. Por sua vez, o membro do MP deve ter especial preocupação em informar o interessado: (I) de seus direitos; (II) da voluntariedade do ANPP; (III) de que a não celebração do acordo não significará tratamento mais gravoso ao investigado; (IV) da base fática que indica a justa causa para o oferecimento da ação penal; (V) do funcionamento do instituto, dos requisitos necessários, dentre eles a confissão formal e circunstanciada, das condições em geral cabíveis, da necessidade de homologação judicial, das hipóteses de rescisão e da possibilidade de extinção da punibilidade em caso de cumprimento de eventual acordo; (VI) das cláusulas do acordo, verificando se a defesa e especialmente o investigado compreenderam seus termos e implicações; (VII) além de esclarecer dúvidas do investigado e de seu defensor.

O membro do MP tem, assim, um nítido dever de informar (item 11 da Orientação Conjunta n. 3/2018), visando permitir que haja uma decisão consciente e informada por parte do investigado e de seu advogado.

Chegado ao acordo, as partes devem formalizá-lo por escrito. Referido acordo deve conter: (I) a qualificação completa do investigado e do defensor e o nome do membro do MP; (II) a tipificação da conduta; (III) as condições que o investigado se comprometeu a cumprir; (IV) a forma e o prazo de cumprimento; (V) outras obrigações acessórias do investigado, consensualmente estabelecidas (por exemplo, a necessidade de comunicar eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e a necessidade de comprovar o cumprimento das obrigações, independentemente de notificação ou aviso prévio); (VI) as hipóteses de rescisão do acordo e as suas consequências; (VII) o reconhecimento da prática da conduta ilícita (confissão), em termo próprio e anexo ao acordo; (VIII) além de ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Assinado o acordo, o membro do MP deve submetê-lo à homologação do Poder Judiciário, por meio de petição.

Ao analisar se é o caso ou não de homologação, o Judiciário deve exercer nítida atividade fiscalizatória, no tocante: (a) à *base fática*, para analisar se há justa causa para a denúncia (função cognitiva do Judiciário) (HOPPE, 2018); (b) à *voluntariedade*, isto é, verificar se o acordo foi feito livre de coações e com consentimento informado pelo investigado; ou seja, é atribuição do juiz aferir se o investigado está devidamente ciente dos termos do acordo, das condições que assumiu e, ainda, das consequências em caso de descumprimento do acordo; inclusive, para tanto, designa-se uma audiência em que o juiz irá ouvir pessoalmente o investigado, na presença de seu defensor; (c) à *legalidade* do acordo, o que inclui a análise sobre o cabimento (se preenche os requisitos positivos e negativos) e sobre as condições acordadas.

A homologação judicial é verdadeira condição de eficácia do acordo. A decisão de homologação leva à suspensão da prescrição durante o tempo de cumprimento do acordo, nos termos do art. 116, IV, do CP.

Homologado o acordo, o juiz responsável pela fiscalização será o da vara de execuções penais (art. 28-A, § 6º, do CPP). Há, assim, uma cisão funcional da competência entre os juízes responsáveis pela homologação e pela fiscalização. Cumprido devidamente o acordo, conforme estipulado, será o caso de extinção da punibilidade. Se houver descumprimento doloso do acordado, será possível a rescisão do acordo, com o posterior oferecimento de denúncia.

3 · JUSTIÇA RESTAURATIVA

A JR apresenta uma nova abordagem para examinar e tratar o fenômeno da violência e os desvios de conduta social, possibilitando olhar com novas lentes para o alcance do valor Justiça, que vai muito além do sistema de justiça penal constituído. Passa-se do paradigma retributivo-punitivo para o modelo restaurativo, com foco central nos “danos e consequentes necessidades, tanto da vítima como também do ofensor e da comunidade” (SALMASO, 2016). É uma nova leitura da aplicação da Justiça, com a adoção de uma nova linguagem no tocante à noção de crime (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

3.1 · O QUE PROPÕE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A concepção tradicional de Justiça punitiva-retributiva visualiza o crime como a violação a uma norma estatal por um agente culpável, razão pela qual o Estado se utiliza da imposição de sanções penais como forma de retribuir a conduta delitiva e preveni-la. Há centralidade no Estado, na atribuição de culpa e na aplicação de uma pena, relegando a vítima para papel secundário, assim como as necessidades dos envolvidos. Por outro lado, para a JR a concepção de crime não se baseia na ofensa de uma norma legal, mas sim na violação dos valores sociais e das relações interpessoais envolvidas no conflito. Muda-se o enfoque. O relevante não é a subsunção do fato típico, mas a identificação do autor da conduta e dos motivos que o levaram a assim agir, a identificação das pessoas atingidas pela conduta lesiva (vítimas diretas e indiretas), quais valores foram violados, quais necessidades foram geradas, e como se pode desenhar um novo contorno de convivência para todos os envolvidos, incluindo aqueles que compõem as redes de relacionamentos, tratando do trauma social com um olhar para o futuro das relações, como uma oportunidade de conscientização e crescimento para todos, trabalhando por uma pacificação social efetiva e substancial, prevenindo novos conflitos.

Em outras palavras, o objetivo da JR é contribuir com a harmonização social por meio de uma nova abordagem dos conflitos, possibilitando a transformação anímica das relações por meio da construção de ambientes seguros nos quais as pessoas afetadas, direta ou indiretamente (vítimas, ofensores, comunidade), possam compartilhar seus sentimentos e suas histórias de maneira sincera e destemida, apontando para as necessidades que tenham surgido em razão da conduta danosa. Buscam-se, no enfoque restaurativo,

novas abordagens, compreensão e resposta às infrações, conflitos e situações-problema, bem como ao redesenho de abordagens pedagógicas, psicossociais, socioeducativas e penais, baseadas em elementos restaurativos, tais como: (a) a participação dos envolvidos, (b) a participação das comunidades, (c) o foco na reparação dos danos e (d) o foco na (co)responsabilização. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Por isso,

as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (art. 1º, III, da Resolução n. 225 do CNJ).

Necessário, ainda, reforçar outros pontos de diferença entre a Justiça Punitiva e a JR. Ao contrário do tradicional sistema punitivo (retributivo), ao qual estamos acostumados e que aprendemos a aplicar, a JR não se baseia na lógica de responsabilidade individual *passiva*, em que o indivíduo se limita a cumprir a pena que lhe foi aplicada ao final do processo e se considera quite com a sociedade. Na JR há uma participação *ativa* do autor do fato, que passa a se responsabilizar e, assim, se engajar, por meio de um processo dialógico e estruturado, na construção da melhor solução para a harmonização do caso, conjuntamente com a vítima e com a comunidade, visando restaurar os laços rompidos com a prática do crime.

Ademais, diferentemente do sistema penal tradicional, que foca no crime cometido e na violação da norma (portanto, com enfoque *no passado*), a JR tem seus olhos voltados para o *futuro*, visando transformar a sociedade por meio da reconstrução dos laços rompidos com a conduta, edificando caminhos de convivência que sejam bons para os envolvidos e para a comunidade. Outro ponto é que a vítima e suas necessidades possuem papel central na JR, enquanto no sistema tradicional é colocada à margem dos debates processuais e não participa da solução dada ao conflito, ficando relegada, na imensa maioria das vezes, a mero meio de prova.

Para a aplicação da JR, impõe-se que o autor do fato danoso assuma a responsabilidade pela sua conduta, com uma postura ativa no sentido de olhar para os malefícios causados com o seu agir, tanto com relação à vítima como para a comunidade. Da mesma forma, é necessário que seja apontada a corresponsabilidade social da conduta. Por isso, a Resolução CNJ n. 225/2016 assevera que as práticas restaurativas devem focar “a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso” (art. 1º, III). A JR tem um viés que preza por “envolvimento ativo, a participação e a responsabilidade (individual e coletiva), por meio de dinâmicas dialógicas, e não punitivas, não calcadas no poder sobre o outro, mas sim com o outro” (PENIDO; MUMME, 2014). Por isso, a JR

não é uma forma de aplicação de justiça baseada no modelo processual tradicional, com enfoque punitivo. Trata-se de “outra forma paradigmática e fundante de se fazer justiça”, insatisfeita com o modelo punitivo tradicional, “que não lida de modo efetivo com as causas e com as consequências da ação que ocasiona dano a outrem, e dessa forma não tem se mostrado uma estratégia eficaz para lidar com a violência” (PENIDO; MUMME, 2014). Assim, a JR busca se afastar da vetusta fórmula, seguida há séculos, de “responder à violência do delito com uma violência estatal, aquela da pena prevista na lei” (SALMASO, 2016).

Com essa abordagem, conforme consta na introdução da Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal*, propicia-se uma oportunidade para que as vítimas obtenham reparação, sintam-se empoderadas e possam superar o problema, ao mesmo tempo que permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento, com assunção de responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilitando à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, promovendo o bem-estar comunitário e, por consequência, a prevenção da criminalidade.

Com base na lição de Howard Zehr (2012), os quadros a seguir apontam algumas das diferenças entre a Justiça Criminal tradicional e a JR:

Quadro 1 · Algumas diferenças entre Justiça Criminal tradicional e JR

Duas visões diferentes	
Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
O crime é uma violação da lei e do Estado	O crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos
As violações geram culpa	As violações geram obrigações
A Justiça exige que o Estado determine a culpa e imponha uma punição (sofrimento)	A Justiça envolve vítimas, ofensores e membros da comunidade num esforço comum para corrigir a situação
Foco central: os ofensores devem receber o que merecem	Foco central: as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor de reparar o dano cometido

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 96).

Quadro 2 · Três perguntas diferentes

Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
Que leis foram infringidas?	Quem sofreu danos e quais valores foram violados?
Quem fez isso?	Quais são suas necessidades?
O que o ofensor merece?	De quem é a obrigação de suprir essas necessidades?

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 97).

Embora seja inviável neste estudo uma análise de todas as dimensões, eixos, valores e principiologia da JR, é necessário estabelecer, em rápida síntese, algumas balizas iniciais, para que a essência dessa política pública não seja desvirtuada. Em especial, importante delimitar *o que não é* a JR, afastando alguns preconceitos que decorrem do desconhecimento do tema. Conforme exposto acima, a JR não significa, em hipótese alguma, impunidade ou “passar a mão na cabeça” do autor do fato. Embora não signifique “bater na cabeça do autor do fato”, a JR se fundamenta sobre a lógica mais ampla de responsabilidade individual-ativa e corresponsabilidade da família, da comunidade e das instituições. Outro ponto importante é que a JR não se confunde com uma técnica de solução de conflitos ou se limita a ser apenas isso. Vê-la assim seria reduzir e limitar demasiadamente seu escopo e conteúdo, além de esvaziar sua potência transformadora, ensejando um grande risco de desvirtuamento (PENIDO; MUMME, 2014). A JR deve ser vista como um verdadeiro e legítimo instrumento de transformação social, que “busca lançar luz nas estruturas e dinâmicas sociais e institucionais violentas e desumanas” (SALMASO, 2016). As medidas despenalizadoras em si, como as penas restritivas de direito, também não são JR, pois não são voluntárias nem representam formas genuínas de autorresponsabilização na busca de reparação do dano. A JR tem sido considerada uma *alternativa ao processo penal* – pois fora do sistema punitivo e de sua lógica –, e não uma *alternativa penal*, sem perder de vista “que as suas práticas qualificam, de forma mais humana, o penal e as alternativas penais” (SALMASO, 2016). Observa-se que a JR não tem como objetivo principal o perdão ou a reconciliação, uma vez que, embora tais resultados sejam possíveis, não é imprescindível que ocorram (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A Justiça Restaurativa busca “a reparação do dano e a recomposição do tecido social rompido pelo conflito” (art. 1º, III, da Resolução CNJ n. 225/2016), de modo que não é imprescindível a existência de vítima determinada. Assim, a JR, embora se preocupe ativamente com a vítima concreta, pode se aplicar para qualquer conduta em que o tecido social foi rompido, ainda que não haja uma vítima individualizável, como, por exemplo, nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, de lesão ao meio ambiente e de dano ao patrimônio público. Nesse caso, emerge a necessidade de reflexão, pelo ofensor e pela comunidade, de suas responsabilidades (SALMASO, 2016).

Feitos esses esclarecimentos iniciais, a JR pode ser definida, nos termos do art. 1º da Resolução n. 225 do CNJ, como

um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.⁶

Essa definição mais ampla e de força expansiva visa afastar o engessamento da JR e permitir que toda sua potência transformadora se desenvolva como política pública. A definição sugere de forma clara que a implementação deve abranger ações

6 O Conselho Econômico e Social da ONU, por meio da Resolução n. 2002/12, define o processo restaurativo como “qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”.

que abarquem as três dimensões do conflito e da violência, que são interligadas: (I) *relacional*, que considera a forma como o conflito atinge o relacionamento entre as pessoas afetadas direta ou indiretamente, abrangendo um conjunto de técnicas de solução de conflitos;⁷ (II) *institucional*, com foco nas instituições e suas ambiências, para que suas estruturas e culturas reinantes – hierárquicas, punitivas e excludentes – não retroalimentem a situação de violência; (III) *social*, ao analisar a responsabilidade individual e coletiva pela violência e buscando transformar a comunidade a partir de suas necessidades (PENIDO; MUMME, 2014).⁸ Essa dimensão social aponta para a corresponsabilidade da sociedade e dos poderes públicos para resolução do problema da violência, sendo, portanto, uma construção coletiva, apta a espriar os valores da JR por toda a sociedade. Deve haver, assim, a participação de toda a comunidade, incluindo as instituições públicas e privadas, bem como a sociedade civil, para disseminação das práticas restaurativas, criando uma nova lógica de diálogo social e comunitário. A JR traz todos os envolvidos para o diálogo, estimulando a interdisciplinaridade, com a participação ativa de todas as instituições afetadas ou com algum poder de ação no caso concreto, razão pela qual todos participam da própria elaboração do plano de ação. A JR, portanto, vai além da lógica vítima-ofensor, devendo estar aberta à participação social e trazendo a comunidade para o debate. Se a JR não tiver a sua base fundada *na* comunidade e *para* a comunidade, ela perderá sua essência. Em razão da importância dessa dimensão, são fundamentais a constituição e o fortalecimento de uma rede de contatos dentro da estrutura social, que serão parceiros do projeto de Justiça Restaurativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). É o que Penido e Mumme chamam de “Rede de Apoio”, ou seja, a articulação entre as entidades de atendimento, com o estabelecimento de fluxos e procedimentos, que sejam efetivos em dar conta das necessidades desveladas nos referidos procedimentos (PENIDO; MUMME, 2014). Assim, essa Rede de Apoio ou de Garantia de Direitos visa “dar suporte às necessidades das mais variadas ordens, que aparecem nos procedimentos restaurativos”, seja de ofensores, de vítimas, das famílias ou da própria comunidade (SALMASO, 2016). Enfim, essas três dimensões – relacional, institucional e social – devem ser pensadas e trabalhadas conjuntamente e de maneira integrada, para não se perder a própria condição de efetividade da JR.

3.2 · PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Sobre os princípios que orientam a Justiça Restaurativa, o art. 2º da Resolução n. 225 do CNJ dispõe que são os seguintes: os princípios da corresponsabilidade, da reparação dos danos, do atendimento às necessidades de todos os envolvidos, da

7 Segundo a Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal*, os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (item I.2). Segundo o CNJ, no Brasil algumas metodologias desenvolvidas por instituições são os Círculos, as Conferências de grupos familiares e a Mediação Vítima Ofensor Comunidade (MVO), sendo possível a sua mescla em um mesmo caso, à luz das necessidades deste (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Destaque-se que “o processo circular tem sido aquele mais utilizado no Brasil” (SALMASO, 2016).

8 Por comunidade entende-se: “i) a rede de afeto (familiares, pessoas de confiança) das pessoas envolvidas em cada caso; ii) pessoas representantes de instituições públicas e/ou privada” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

informalidade, da voluntariedade, da imparcialidade, da participação, do empoderamento, da consensualidade, da confidencialidade, da celeridade e da urbanidade.

Segundo o CNJ (2020), a *corresponsabilidade* pressupõe “a assunção da responsabilidade por todas as pessoas que integram uma prática restaurativa”. A *reparação dos danos* significa a “busca por restaurar os danos afetados no conflito e pode ser de ordem material (como indenização, conserto, devolução, etc.) ou emocional (como escuta ativa sobre os danos causados e pedido de desculpas)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). O *atendimento à necessidade dos envolvidos* “requer a atenção para que todos os sujeitos envolvidos sejam igualmente considerados em suas individualidades, autonomia e necessidades frente ao caso trazido à esfera restaurativa” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *informalidade* “se contrapõe ao extremo rigor dos processos judiciais, atendo-se à liberdade de ação e palavra dos seus protagonistas e por um estilo consensuado com o qual as pessoas buscam se relacionar em prol de uma solução para os seus dilemas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *voluntariedade* pressupõe “participação espontânea de todas as pessoas, bem como a possibilidade de que interrompam o procedimento a qualquer tempo, cientes da responsabilidade dos seus atos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *imparcialidade* se refere à “atitude que deve ter o facilitador quanto a não favorecer nenhuma das pessoas. O facilitador deve se eximir de dar respostas ou sugerir soluções, que possa ser interpretado como a beneficiar uma das partes” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Para tanto, devem ser adequadamente capacitados. O princípio da *participação* ressalta a “importância de que todas as pessoas que integram uma prática restaurativa tenham igual condição de participar do procedimento, respeitados em suas manifestações” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). O *empoderamento* indica que todas as pessoas envolvidas devem se sentir igualmente importantes, tendo autonomia para expressar livremente seus sentimentos e a sua visão da história, “da sua maneira e com os sentidos que considere necessários, além de que pressupõe também o direito de aceitar ou não participar de uma prática restaurativa, aceitar ou não o pedido de desculpas ou acordo proposto pela outra parte” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *consensualidade* significa que se deve buscar “por uma negociação pacífica e abertura dos envolvidos para se chegar a uma solução justa e harmônica” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A *confidencialidade* pressupõe que os assuntos tratados no procedimento restaurativo sejam considerados privados e sigilosos, não podendo ser utilizados em processos posteriores. A *celeridade* busca a solução do conflito dentro de um prazo razoável, evitando que a demora impeça a resolução do conflito ou mesmo o potencialize. Por fim, o princípio da *urbanidade* impõe o respeito ao outro no curso do procedimento restaurativo, com a promoção da escuta ativa, da cordialidade e da dignidade de todos os envolvidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Segundo os *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal* da ONU, os “processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor”.⁹

9 Item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal*.

Portanto, somente se houver justa causa e consentimento da vítima e do ofensor é que é admissível derivar o caso ao processo restaurativo. Inclusive, a qualquer momento a vítima e o ofensor podem revogar o consentimento dado para participar do processo restaurativo (voluntariedade).¹⁰ Ademais, para que o conflito possa ser trabalhado no âmbito da JR, é necessário que as partes “reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial”, conforme art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ. Esse dispositivo é inspirado no item 8 dos *Princípios da ONU*, que afirma que a “vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo”. Ademais, o § 3º do art. 2º da Resolução n. 225 do CNJ prevê que os participantes “devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento”. Ainda, o § 4º do art. 2º da Resolução n. 225 prevê que “todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro”. Por fim, o “acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos” (art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ).

3.3 · VANTAGENS DA DERIVAÇÃO PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Há diversas vantagens na utilização da Justiça Restaurativa. Há aquelas que são inerentes aos métodos consensuais de solução de conflitos, tais como a flexibilidade sobre o procedimento, a maior privacidade, o cumprimento espontâneo das combinações ajustadas e a maior satisfação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Ademais, há aquelas próprias da JR, que são: (I) olhar para as necessidades dos envolvidos; (II) centralidade do papel da vítima, evitando a sua revitimização; (III) atenção aos interesses da coletividade, que se reapropria do conflito e da resolução do conflito; (IV) solução do caso a partir do diálogo; (V) reconstrução dos laços sociais rompidos; (VI) responsabilidade ativa do autor da ofensa; (VII) compreensão estrutural e análise da violência a partir de suas raízes, permitindo modificações nas dimensões relacional, institucional e social; (VIII) olhar para o futuro, permitindo melhor relação entre os envolvidos; (IX) formação de sujeitos de direitos, como uma forma de favorecer a educação para a cidadania (BOONEN, 2011); (X) diminuição da probabilidade de ofensas futuras. Estudos mostram que círculos restaurativos no Canadá reduziram em mais de 70% a reincidência (WILSON; CORTONI; MCWHINNIE, 2009); (XI) alto índice de satisfação dos envolvidos (tanto ofensores quanto vítima), chegando a mais de 90% em Porto Alegre (BOONEN, 2011).

¹⁰ Art. 2º, § 2º, da Resolução n. 225 do CNJ e item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU, que trata dos *Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria penal*.

3.4 · GARANTIAS DE UM PROCEDIMENTO JUSTO

A aplicação da JR também deve observar as garantias processuais fundamentais que assegurem um tratamento justo – *fair trial* – ao ofensor e à vítima, nos termos do art. 13 da Resolução n. 2002/12 da ONU e da Resolução n. 225 do CNJ. Essas garantias, embora possam ser inspiradas na tradição do devido processo legal, certamente precisam ser moldadas e adaptadas para a JR. Podem ser apontadas as seguintes garantias básicas desse modelo, aplicáveis às partes do processo restaurativo, em especial ao autor da conduta e à vítima: (I) a voluntariedade e o prévio consentimento, livre e espontâneo, na participação, sendo assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo, e sendo vedado qualquer meio de coação ou indução por meios desleais a sua participação e aceitação dos resultados do processo (item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ); (II) antes de concordarem em participar de um processo restaurativo, o direito de serem integralmente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão (item 13, *b*, e item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (III) direito de receberem aconselhamento jurídico a qualquer momento durante qualquer estágio do processo restaurativo (item 13, *a*, da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 2º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ); (IV) quando necessário, as partes devem ter direito à tradução ou ao uso de intérpretes (item 13, *a*, e item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (V) que o resultado do processo restaurativo seja pactuado de maneira voluntária e contenha somente obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (item 7 da Resolução n. 2002/12 da ONU, item 31 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ); (VI) direito de serem acompanhados por pessoas de sua confiança e, em caso de menores, ter assistência de seus pais ou responsáveis legais (item 13, *a*, da Resolução n. 2002/12 da ONU); (VII) que os resultados dos processos restaurativos sejam supervisionados judicialmente, quando apropriado, e que o resultado tenha o mesmo valor de uma decisão ou julgamento, extinguindo o processo em relação aos mesmos fatos (item 15 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (VIII) que as questões tratadas no bojo do processo restaurativo, não conduzidas publicamente, sejam confidenciais e não sejam divulgadas, exceto se consentirem as partes (item 14 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (IX) em qualquer caso, as manifestações das partes e as questões tratadas no bojo do processo restaurativo estão garantidas pela confidencialidade e não poderão ser usadas no processo penal, seja para majoração da pena ou como elemento de prova (art. 8º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ e item 14 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa); assim, o que for tratado nos procedimentos restaurativos não se comunica com o feito criminal, a não ser a solução do caso dado pelas partes, de maneira consensual, por meio de um acordo; (X) a participação do infrator não pode ser usada como prova de admissão da culpa em processos legais subsequentes (item 8 da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ); (XI) o insucesso do processo restaurativo não poderá ser usado, por si, no processo penal subsequente, inclusive sendo vedada a sua utilização como justificativa para uma pena mais severa (itens 16 e 17 da Resolução n. 2002/12 da ONU e art. 8º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ); (XII) os facilitadores devem ser qualificados e

capacitados e possuir um bom entendimento das culturas e comunidades locais (item 19 da Resolução n. 2002/12 da ONU); (XIII) os facilitadores devem atuar de forma imparcial, respeitando a dignidade das partes e criando um ambiente seguro e confortável para todos; nessa função, os facilitadores devem garantir que as partes atuem com respeito mútuo e que possam chegar a uma solução relevante ao caso (item 18 da Resolução n. 2002/12 da ONU e itens 26 e 27 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa); as partes devem ser “auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro” (art. 2º, § 4º, da Resolução n. 225 do CNJ); o mais importante, entretanto, não é o acordo, mas sim toda a dinâmica construída no encontro e nos diálogos vivenciados, as experiências trocadas, com o que o acordo pode ser uma decorrência de todo esse processo; (XIV) as partes têm o direito à segurança, seja na decisão de derivar o caso ao processo restaurativo, seja durante sua condução (item 10 da Resolução n. 2002/12 da ONU), bem como de serem tratadas de forma justa e digna, com mútuo respeito.

É importante destacar que os responsáveis pela observância de todas essas garantias e de um procedimento justo são os facilitadores e a equipe de apoio, assim como o magistrado, ao fiscalizar eventual acordo restaurativo.

3.5 · PROCEDIMENTO RESTAURATIVO

Lancemos, nesse passo, um olhar sobre como o procedimento restaurativo foi disciplinado pela Resolução n. 225 do CNJ, à luz dos princípios, dos métodos, das técnicas e das atividades próprias da JR. Buscaremos responder às perguntas básicas: o que é um procedimento restaurativo? Quem deve participar? Onde deve ocorrer? Quem deve conduzi-lo? Como deve ser conduzido? Qual o seu resultado?

O que é um procedimento restaurativo? Não há um único procedimento restaurativo possível, havendo grande flexibilidade no tema. O art. 8º da Resolução n. 225 do CNJ esclarece:

Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direitos local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.

No Brasil, em geral, é bastante utilizada a metodologia do Processo Circular.

Quem deve participar do procedimento restaurativo? Podem fazer parte o ofensor, a vítima, seus familiares e apoiadores (ou seja, aqueles que podem apoiar os envolvidos e contribuir para que não haja recidiva), além de representantes da comunidade atingidos direta ou indiretamente pelo fato, e um ou mais facilitadores restaurativos (art. 1º, I, da Resolução n. 225 do CNJ). Não se mostra aconselhável a participação de agentes estatais encarregados da persecução penal nem de qualquer autoridade do sistema de justiça, a não ser se atingidos pela conduta delitiva e nessa qualidade (vítima), ou como membro da comunidade.

A participação da vítima é de grande centralidade, porém tem natureza facultativa, em razão da voluntariedade e, também, da preocupação em preservá-la, o que não obsta que ocorra o procedimento restaurativo. A vítima pode, inclusive,

participar de maneira indireta, fazendo-se representar por um familiar ou amigo próximo, bem como através de outras formas de comunicação, tais como uma carta ou um vídeo gravado. Também é possível a presença de uma vítima emprestada, ou seja, alguém que tenha sido vítima em hipótese semelhante ou que ocupe um lugar de fala na estrutura de um ente jurídico lesado pela conduta. Ademais, conforme dito, o fato de não haver uma vítima determinada, como ocorre em alguns crimes (contra o meio ambiente, envolvendo drogas, etc.), tampouco é fator impeditivo para as práticas restaurativas.

Sobre o local *onde deve* ocorrer, a JR não deve, na medida do possível, ser conduzida em ambiências hierárquicas e verticais. Ao contrário, deve ocorrer em locais próprios, em espaços “adequados e seguros” (arts. 6º e 11 da Resolução n. 225 do CNJ), ou seja, em verdadeiros “polos irradiadores” que possam efetivar “uma mudança de paradigma que sustente as ações em curso e dê condições para a sua expansão”. Tais polos irradiadores – com participação direta ou indireta do Judiciário – são locais “que recebem a proposta, inovando a prática de resolução de conflito, que visa, em última instância, à harmonização justa dos conflitos nas três dimensões – relacional, institucional e social –, por meio da implementação da Justiça Restaurativa” (PENIDO; MUMME, 2014). Esses polos irradiadores são as unidades de JR, que visam dar segurança física e jurídica aos envolvidos. Inclusive, a Resolução n. 225 do CNJ determina que os tribunais devam destinar “espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, que deve ser estruturado de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade” (art. 6º da Resolução n. 225 do CNJ). Nesses espaços deve haver um magistrado responsável pela coordenação dos serviços e da estrutura, que deve contar, ainda, com pessoal de apoio administrativo.

Quem deverá conduzir o procedimento restaurativo é o facilitador restaurativo, que é uma “pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002). Esse facilitador deve ser devidamente qualificado e capacitado em cursos de formação teórica e prática em JR (nos termos dos arts. 13, 16 e 17 da Resolução n. 225 do CNJ), e atuar de maneira imparcial. Suas relevantes atribuições na condução do procedimento estão indicadas no art. 14 da Resolução n. 225 do CNJ – dentre elas, criar um ambiente seguro para o diálogo e para a compreensão do conflito em toda sua dimensão, redigir o termo de acordo, quando obtido, ou atestar o insucesso, entre outras. As vedações impostas ao facilitador estão indicadas no art. 15 – dentre elas, prestar depoimento em juízo sobre as informações obtidas no procedimento restaurativo bem como relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do sistema de justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob pena de praticar o delito previsto no art. 154 do Código Penal. Sempre que possível, o facilitador deve ser auxiliado por equipes técnicas de apoio interdisciplinar. Não pode o membro do Ministério Público ou o juiz, enquanto agentes estatais envolvidos na persecução, conduzir as práticas restaurativas ou delas participar. Os facilitadores e a sua equipe de apoio devem possuir suficiente autonomia para conduzir as práticas restaurativas, embora devam

ser monitorados pelos órgãos competentes (itens 20 e 21 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa).

Como deve ser esse procedimento restaurativo? O ponto comum em todos os procedimentos é “o encontro ordenado e espontâneo entre a vítima e o ofensor e pessoas direta e indiretamente afetadas (da família e da comunidade) que podem apoiá-los e se corresponsabilizarem pela não recidiva na situação conflitiva” (PENIDO; MUMME, 2014), sempre sob a coordenação de um ou mais facilitadores. Nesse encontro, os envolvidos poderão contar suas histórias de vida e também com relação ao fato ocorrido, revelar sentimentos e necessidades, conectando-se em suas humanidades dentro de uma dinâmica de construção coletiva de um ambiente seguro e propício para o reconhecimento de ânimos e intenções. É um espaço em que as pessoas, em comunidade, narram e contam sua experiência e depois começam a pensar no impacto daquele fato em suas vidas. A função desse procedimento não é julgar ou “apontar o dedo” – transformando-se em um “tribunal circular” (SALMASO, 2016) –, mas sim permitir que os envolvidos dialoguem a partir de seus sentimentos e indiquem as suas necessidades, sem prejudgamentos, construindo coletivamente a solução do caso. Permite-se que o agente possa ter contato com o mal (físico e/ou anímico) que causou à(s) vítima(s), e esta(s) possa(m) compreender o contexto com que aquele se deparava quando praticou o ato danoso. A ideia é ajudar a pessoa que cometeu o ato a entender o mal que causou a outras pessoas, para que, a partir de então, de um movimento interno e voluntário, possa escolher ser protagonista da reconstrução de sua história. Nesse sentido, o art. 8º, §§ 1º e 2º, da Resolução n. 225 do CNJ afirma que o “facilitador restaurativo coordenará os trabalhos de escuta e diálogo entre os envolvidos, por meio da utilização de métodos consensuais na forma autocompositiva de resolução de conflitos, próprias da Justiça Restaurativa”. O facilitador deve ressaltar durante os procedimentos restaurativos, nos termos do art. 8º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ: (I) o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão; (II) o entendimento das causas que contribuíram para o conflito; (III) as consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar; (IV) o valor social da norma violada pelo conflito.

Ademais, o facilitador restaurativo atua buscando criar “ambiente propício para que os envolvidos promovam a pactuação da reparação do dano e das medidas necessárias para que não haja recidiva do conflito, mediante atendimento das necessidades dos participantes das sessões restaurativas” (art. 8º, § 2º, da Resolução n. 225 do CNJ).

Sobre o *resultado* do procedimento restaurativo, é possível que as partes firmem um acordo em que todos, voluntariamente, pactuem a reparação do dano e as medidas necessárias para a transformação das relações sociais rompidas. Esse acordo, conforme visto, deve prever obrigações razoáveis e proporcionais e, ainda, observar a dignidade de todos os envolvidos. Uma vez assinado o acordo, será colhido o parecer do Ministério Público, e o procedimento será encaminhado para homologação pelo magistrado responsável, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 8º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ). Ademais, o art. 8º, § 4º, da Resolução n. 225 prevê que se junte aos autos do processo uma breve memória da sessão, que consiste na anotação dos nomes das pessoas que estiveram presentes e do plano de ação

com os acordos estabelecidos. Devem ser preservados os princípios do sigilo e da confidencialidade, com exceção feita a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes, exigida por lei, ou a situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes. Em caso de insucesso, veda-se a utilização do conteúdo do procedimento restaurativo como causa de majoração de eventual pena ou, ainda, a utilização das informações como meio de prova.

Destaque-se, por oportuno, que a Resolução CNJ n. 300, de 29 de novembro de 2019, além de criar o Fórum Nacional de Justiça Restaurativa, alterou a Resolução n. 225 para impor a todos os tribunais do País (Justiça Estadual e Justiça Federal) a apresentação ao CNJ, no prazo de 180 dias, de um plano de implantação, difusão e expansão da JR, contendo, entre outros pontos, a implementação e/ou estruturação de um Órgão Central de Macrogestão e Coordenação, com estrutura e pessoal para a adequada consecução dos trabalhos de fomento da política pública.

4 · O ANPP COMO OPORTUNIDADE DE DERIVAÇÃO PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Relevante ressaltar, mais uma vez, que há mais diferenças do que semelhanças entre os institutos. A primordial diferença é de essência: o ANPP se insere de maneira mais próxima na lógica tradicional do paradigma punitivo, em que se impõe a punição como forma de resposta a um comportamento indesejado, de responsabilização individual passiva (SALMASO, 2016) e atribuição de culpa, a partir da ideia de que o crime é uma lesão às normas estatais, sendo a função da pena retributiva e preventiva. Por sua vez, a JR se baseia na premissa de responsabilização individual ativa e corresponsabilidade coletiva, centrada na ideia de que o crime, ou ato danoso, viola os valores e cinde os laços sociais, de sorte que é necessária a reconstrução desse tecido, visando lidar com os vários fatores da violência. A genética de ambos é distinta, portanto. No âmbito da JR, aquele fato e todas as pessoas envolvidas naquela teia de relações são vistos com um olhar diferenciado. Não se trata de mais um processo a ser resolvido, mas sim de relações que merecem uma atenção própria, atenta e cuidadosa, *o processo* a ser resolvido.

Feito o delineamento básico do ANPP e da JR, é o momento de se verificar se é possível ao ANPP ser uma “porta de entrada” para a JR e, em caso positivo, como isso pode ocorrer.

A primeira resposta é positiva. O ANPP é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, que abre uma grande janela de oportunidade para aplicação da JR,¹¹ em especial pela enorme gama de infrações penais que podem ser objeto do acordo. Isso não significa que essa seja a “única porta de entrada” para a utilização da JR no âmbito penal, mas representa uma alvissareira hipótese de autorização do ordenamento jurídico para a derivação de casos para esse novo

11 A princípio, a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal não se mostram impeditivos da derivação em qualquer hipótese, podendo a Justiça Restaurativa ter lugar para qualquer crime, uma vez que a experiência revela que quanto maior o dano, maior é o potencial da transformação. Sabe-se, entretanto, que essa visão não é unânime, e para fins do alcance prática e efetivo ora pretendido, o ANPP revela uma grande janela de oportunidade para a aplicação da Justiça Restaurativa.

modelo de aplicação de Justiça.¹² Isso foi reconhecido, inclusive, recentemente, na I Jornada de Direito e Processo Penal, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) entre 10 e 14 de agosto de 2020, oportunidade em que foi aprovado o Enunciado n. 28, com o seguinte teor: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP”.¹³

Também se deve estar sempre atento ao “canto da sereia”, representado pela ameaça de que a JR seja cooptada pelo modelo tradicional de persecução, reforçando padrões de violência e suas causas. Deve-se, assim, evitar caminhos que possibilitem riscos de desvirtuamento, engessamento, personificação e monopólio que podem incidir sobre a prática (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Por isso, nesse ponto, quatro advertências são necessárias. Primeira, que, em tema de JR, deve-se sempre manter o compromisso com essa potência transformadora “e não fazer concessões para a busca de resultados fáceis”. Com isso se evita que ocorra o desvirtuamento da essência da JR (PENIDO; MUMME, 2014). Segunda, que no campo da violência não há soluções baseadas em *fast food* ou analgésicas, mas sim por meio da implementação de uma cultura de paz consubstanciada nas dimensões relacionais, institucionais e sociais (PENIDO; MUMME, 2014). Terceira, os operadores devem evitar se transformar em “rábulas da JR”, aplicando-a apenas como mero procedimento de resolução de conflitos, sem consideração de sua principiologia, seus valores e suas dimensões. A JR é uma política pública transformadora, com princípios, valores e metodologia próprios, indo muito além da finalidade de solucionar um conflito. E a quarta advertência, para que não se percam as características essenciais da JR, deve haver um “exercício contínuo e sistemático de reflexão e ação” (PENIDO; MUMME, 2014). Portanto, as propostas que serão feitas, no tocante à aplicação da JR, não significam um caminho fechado e terminado, mas, ao contrário, algo aberto e em construção, que merece sempre reflexão contínua, visando a seu aperfeiçoamento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Como, então, fazer essa adaptação e essa operacionalização? Aqui estamos diante de um dos pontos mais sensíveis, que se consubstancia em como fazer a derivação do caso concreto para a JR. Toda atenção é necessária sobre tais etapas e sobre o fluxo a ser desenvolvido.

Tendo em vista que o ANPP é negociado pelo Ministério Público, o primeiro ponto é o promotor ou o procurador da República verificar, durante as tratativas,

12 Os considerandos da Resolução n. 225 do CNJ permitem outras “portas de entrada”, como a Lei n. 9.099/1995 e a Lei n. 12.594/2013. Veja: “CONSIDERANDO que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais; CONSIDERANDO que o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 estabelece, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas; [...]”.

13 Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a.

três pontos preliminares: (I) preenchidos os requisitos legais do ANPP, se o caso se mostra adequado a ser derivado para a JR; (II) se já existem projetos de JR implantados na comarca ou subseção judiciária; (III) se o autor do fato e a vítima têm interesse em participar do procedimento restaurativo.

Vejamos separadamente.

Sobre a adequação do caso à JR, é importante destacar que a questão diz menos respeito à natureza do crime e mais às questões pertinentes aos envolvidos no conflito. Em tese, praticamente todos os crimes passíveis de ANPP autorizam a derivação para a JR, não existindo uma seleção apriorística das condutas que podem ser trabalhadas. Há, no entanto, alguns tipos de crimes em que a JR poderá ter um potencial transformador mais efetivo do que em outros. Na análise da adequação da derivação do caso à JR podem ser apontados alguns parâmetros. O sucesso da derivação depende mais de considerações pessoais, como atitudes das partes, sentimentos, motivações e situações sociais, do que propriamente as características formais do tipo de crime (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Respeitados os requisitos legais para o ANPP, é possível a aplicação da JR para os mais variados casos. Conforme já foi dito, mesmo nas hipóteses em que não há vítima determinada, como nos crimes praticados contra o meio ambiente, o caso pode ser derivado para a JR. Alguns critérios podem auxiliar o membro do MP a fazer o juízo de adequação da derivação. Boonen afirma que, em geral, os autores que estudam o tema entendem quatro condições necessárias para que o ofensor possa acessar o procedimento restaurativo (BOONEN, 2011): (I) confrontar-se com o ato e com suas consequências, a partir de sua perspectiva e do outro; (II) assumir a responsabilidade pelo fato; (III) assumir as consequências do dano causado; (IV) adotar mecanismos de restauração.

Interessante que nada impede que o magistrado provoque o MP sobre a adequação da JR ao caso concreto. O magistrado, embora não possa interferir no mérito do ANPP, exerce o poder de fiscalização do acordo e – relevante para o presente caso – o de estímulo à atividade das partes em firmar acordos. Como lembra Antonio do Passo Cabral, a partir dessa atividade de incentivo e de sua função de fomento aos acordos, incidem também os deveres de diálogo (ou engajamento no debate), esclarecimento e consulta (CABRAL, 2018). Justamente com base nesse poder de estímulo é que o magistrado pode intimar o MP para que se manifeste sobre a possibilidade de se valer da JR no âmbito do ANPP. Da mesma forma, a vítima e o autor do fato também podem solicitar ao MP que derive o caso à JR. Portanto, embora a decisão final de derivação para a JR no âmbito do ANPP seja do membro do MP, nada impede que seja estimulado a tanto pelo juiz ou pelos interessados.

Respondida positivamente a primeira indagação – sobre a adequação da JR –, urge, então, verificar se há núcleos de JR na localidade. Esses núcleos funcionam como os “polos irradiadores”, ou seja, espaços que implementam os programas de JR à luz das três dimensões já mencionadas (relacional, institucional e social) (PENIDO; MUMME, 2014). Em geral, são vinculados, direta ou indiretamente, ao Poder Judiciário e à equipe técnico-científica e coordenados por magistrados, nos termos do art. 5º da Resolução n. 225 do CNJ. Nesse sentido, no âmbito da Justiça Federal foi criado, em dezembro de 2019, o Centro de Justiça Restaurativa (Cejure), órgão vinculado à Diretoria do Foro com atuação em primeiro grau em toda a Seção Judiciária de São Paulo.

Em seguida, deve-se indagar se o autor do fato, voluntária e conscientemente, quer participar do procedimento restaurativo.¹⁴ Essa decisão, conforme repisado em várias oportunidades, deve ser voluntária e plenamente informada. Isso significa que as partes e seus advogados devem ser informados adequadamente sobre seus direitos, a natureza do procedimento e as possíveis consequências das decisões e dos acordos ali firmados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Por isso, se uma das partes envolvidas não for capaz de compreender o significado do processo restaurativo, não se deve derivar o caso à JR, conforme o item 13 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Não se pode impor, direta ou indiretamente, ao autor do fato que se submeta ao procedimento restaurativo, sob pena de haver um vício de origem e o desvirtuamento da JR. A presença da vítima, como já mencionado, é opcional, porém com papel central.

Aqui é importante refletir sobre a melhor forma de derivação e o momento mais indicado para contatar o autor do fato e seu defensor. Identificamos duas opções possíveis: a derivação *sem contato* e a derivação *com contato*.

Na primeira – derivação *sem contato* –, o membro do MP, ao analisar que o caso é adequado à JR, faz a derivação sem qualquer contato prévio com a vítima, com o autor do fato e seu defensor, ficando a cargo dos núcleos de JR a atribuição do contato inicial. Nesse caso, a derivação permitirá a confecção do convite oficial, a partir do próprio núcleo de JR, com o intuito de sensibilizar as partes envolvidas. Em tais núcleos há profissionais capacitados e bem treinados para iniciar o processo de apresentação da proposta restaurativa. Essa opção tem uma clara vantagem, pois evita que nessa primeira conversa o membro do Ministério Público, por falta de capacitação adequada, possa “queimar uma etapa decisiva”, desestimulando a continuidade. Mesmo com excelente capacidade técnica e com toda a boa vontade, o membro do Ministério Público, geralmente, ainda não é capacitado e treinado para as práticas restaurativas, e sua fala pode incutir uma resistência inicial à aceitação do procedimento proposto, trazendo prejuízo, muitas vezes incontornável, para o desfecho do trabalho. No entanto, a derivação “sem contato” traz um potencial risco: há a probabilidade de o autor do fato, ao receber o convite para a JR, consultar seu advogado e este desestimular a participação, caso não esteja esclarecido acerca do procedimento, ainda mais se formulado no bojo de uma negociação de ANPP. Dito de outra forma, a ausência de consulta prévia ao advogado pode amplificar a resistência à adoção da JR, em especial por desconhecimento do que representa a referida e inovadora política pública, e, ainda, por não ter o advogado participado do encaminhamento da construção da solução.

Uma segunda opção é a derivação “com contato”. Nessa, o membro do Ministério Público, entendendo que o caso é adequado à JR, faz um contato preliminar com o advogado, esclarecendo que irá encaminhar o caso para a via restaurativa. Esse contato preliminar pode ser por telefone, por e-mail ou por qualquer meio de comunicação legítimo, certificando-se nos autos. Caso o membro do MP entenda

14 Boonen, citando pesquisa feita na Justiça Restaurativa no contexto alemão, assevera que 84% dos ofensores aceitou ou desejou buscar a Justiça Restaurativa pelos seguintes motivos: (I) alcançar posição mais confortável dentro dos procedimentos processuais, (II) encerrar o processo mais rapidamente, (III) pedir desculpas para a vítima e (IV) restaurar as consequências de seus atos (BOONEN, 2011).

necessário, pode fazer uma reunião prévia, convidando o defensor e/ou o autor do fato. Nesse caso *não deve ser feita intimação formal*.¹⁵ Basta um convite, que será suficiente para atingir a formalidade mínima necessária para registro do ato. Nesse contato, o objetivo deve ser duplo. Primeiro, que o membro do MP esclareça sobre o ANPP e se desincumba de seus deveres informacionais nesse tema, conforme visto.¹⁶ O segundo – e o mais relevante para o presente estudo – é uma apresentação *superficial* do que é a JR, esclarecendo que será encaminhado o convite pelo Centro de Justiça Restaurativa e que, caso aceitem participar do procedimento restaurativo, o plano de ação firmado em tal procedimento será colocado como a *única condição* do ANPP. Não é o momento para questionar se o autor do fato possui ou não interesse em participar do procedimento de Justiça Restaurativa, pois isso será tratado pelos profissionais do Centro de Justiça Restaurativa, devidamente capacitados para oferecer a melhor abordagem possível. O objetivo do ato é informar a intenção ministerial de proceder à derivação do caso e esclarecer eventuais dúvidas. A derivação “com contato” pode se mostrar mais adequada se o autor do fato já tiver advogado durante a investigação, seja para sensibilização quanto às vantagens do procedimento, evitando uma resistência fruto do desconhecimento, seja porque, nesse caso, não haverá as dificuldades naturais de nomear um advogado para o investigado. Segundo nos parece, sempre que possível é melhor o caminho da derivação *sem contato*, pois potencializa a eficiência da JR. De qualquer sorte, o membro do MP é que deve optar pela derivação, com ou sem contato, à luz do caso concreto.

A vítima, ao nosso ver, pode ser contatada diretamente pelo Centro de Justiça Restaurativa, sendo desnecessário prévio contato pelo MP. Com isso não se quer menosprezar o papel da vítima no ANPP, mas sim permitir que ela tenha um acolhimento ainda mais adequado do que seria feito pelo membro do MP.

Em prosseguimento, o membro do MP formaliza a derivação do caso à JR, de onde sairão os convites iniciais ao autor do fato e à vítima. Nesse ponto, deve-se ter cuidado com a linguagem utilizada no envio do caso, evitando prejulgamentos ou expressões que indiquem culpabilidade. A melhor expressão para se fazer referência ao autor da conduta é “autor do fato”, nos mesmos moldes da Lei n. 9.099/1995. Ainda sobre o encaminhamento, a solicitação deve estar instruída com as principais peças procedimentais ou de cópia integral da investigação, de modo a permitir que o facilitador e a equipe técnica possam tomar contato com as peculiaridades do caso e decidir o melhor procedimento a ser tomado. Por fim, importante que a decisão de derivar o caso para a JR seja acompanhada de um razoável tempo limite dentro do qual as autoridades de justiça devem ser informadas sobre o estado do procedimento, nos termos do item 16 da Recomendação n. 19, de 1999, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

Feita a derivação, nos núcleos ou centros de JR é possível que ocorram, inclusive, os chamados “pré-círculos”, na hipótese do processo circular (que, conforme visto, tem maior incidência em âmbito nacional). Trata-se de sessões prévias, em que os

15 Diante do caráter voluntário, nem a vítima nem o autor do fato devem ser intimados para participar da Justiça Restaurativa. Nesse sentido, é expressa a vedação prevista na parte final do *caput* do art. 8º da Resolução n. 225 do CNJ: “[...] vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões”. Devem, portanto, ser *convidadas*.

16 Sobre o tema, cf. *Item 2*.

profissionais especializados e capacitados poderão esclarecer previamente as dúvidas dos envolvidos para que possam tomar uma decisão plenamente informada. Esses encontros são realizados de maneira separada com as pessoas diretamente envolvidas em cada caso (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Segundo Boonen, os pré-círculos “permitem aos facilitadores criar um quadro de condições para a vítima e o agressor participarem voluntariamente do círculo” (BOONEN, 2011). E apenas se chegará à realização do círculo quando se perceber que todos que o integrarão já estão prontos para o encontro.

Sendo positivo o resultado dos pré-círculos e havendo possibilidade de continuidade, segue-se o procedimento restaurativo rumo à realização do círculo.

Importante salientar, uma vez mais, que no decorrer da prática restaurativa não há participação ou interferência do órgão ministerial ou do juiz natural da causa na condução do procedimento restaurativo ou nos encontros circulares. Isso se deve ao fato de que a participação de tais autoridades tem alto potencial de inibir a construção do ambiente seguro para que as pessoas partilhem suas histórias e seus sentimentos mais profundos, diante de um justificado receio de utilização posterior das informações externamente, inclusive no âmbito do processo penal (SALMASO, 2016). Sobre a participação de advogados no círculo, é importante reforçar que o autor do fato tem o direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento (art. 2º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ). Assim, o autor do fato pode consultar seu advogado a qualquer momento, inclusive antes de assinar o plano de ação, construído em consenso pelas partes, bem como pode se retratar a qualquer momento, até a homologação do acordo restaurativo. No entanto, o diferencial da JR é que esta se baseia em lógica diversa da do sistema tradicional de justiça, empoderando as partes para que participem diretamente da solução do conflito e sejam os verdadeiros protagonistas, com escuta e voz ativas, e não por meio de representantes. Por essa razão, a condução é feita pelo facilitador, imparcial e qualificado para tal fim. Nas práticas restaurativas não há acusação, instrução, julgamento e muito menos aplicação de qualquer forma de sanção. Ao contrário, a solução é construída voluntária e coletivamente, de maneira dialógica e horizontal, com a participação ativa do autor do fato na construção do consenso, com suas necessidades consideradas. Em conclusão, por estarem resguardadas as prerrogativas da defesa técnica no decorrer de toda a prática restaurativa, inexistindo prejuízos aos interesses do autor do fato, a participação do advogado no pré-círculo, e no círculo em si, não é recomendável, mas, caso se mostre inevitável, deve ocorrer na condição de membro da comunidade (SALMASO, 2016).

Por sua vez, é a equipe técnica quem verificará o procedimento restaurativo mais adequado para o caso concreto (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Serão realizadas sessões restaurativas e, ao final, poderá ser obtido ou não um acordo. Segundo a Resolução n. 2002/12 da ONU,

resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo que inclui respostas e programas, tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor.

O acordo estabelecido pelos participantes da prática restaurativa conterá um plano de ação com os pactos estabelecidos, nos termos do art. 8º, § 4º, da Resolução n. 225 do CNJ. As obrigações estabelecidas não estão limitadas às penas previstas no

Código Penal ou no modelo tradicional. Pode-se, por exemplo, prever que o autor do fato reconstrua o muro que derrubou. Nesse âmbito, deve-se respeitar a autonomia das partes e a centralidade das decisões pactuadas no procedimento restaurativo, sob pena de se descaracterizar a JR. O acordo pode incluir pedidos de desculpas, plano de acompanhamento da conduta do ofensor, prestação de serviço em benefício da vítima e/ou da comunidade, reparação financeira ou qualquer outra providência acordada durante o encontro restaurativo que possa reparar o dano causado pelo autor do fato (SICA, 2007). É importante que o ofensor, de maneira ativa e consensual, responsabilize-se por reparar os danos causados à vítima e à coletividade, bem como assuma novos comportamentos e atitudes. Também a vítima pode assumir obrigações, caso ostente responsabilidade pelo ocorrido. Por vezes, a comunidade pode se comprometer a sanar falhas e omissões e também a garantir apoio ao ofensor e à vítima, por meio da Rede de Garantia de Direitos, presente no procedimento restaurativo (SALMASO, 2016).

No entanto, há alguns limites a tais acordos. Pelo que se depreende da normativa internacional e da Resolução n. 225 do CNJ, o primeiro limite é que as obrigações devam ser razoáveis e proporcionais. Não podem ter, portanto, duração excessiva. O segundo é que respeitem a dignidade de todos os envolvidos – vedando-se, assim, medidas degradantes ou humilhantes. Esses dois limites decorrem do art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ. Por fim, um terceiro limite é que os acordos não podem afrontar a lei.

Quem redige o acordo final, com suas condições e prazos, é o facilitador. Nesse documento devem constar os pontos acordados, de maneira clara e precisa, com as condutas restaurativas a serem praticadas por cada um dos participantes, garantias e consequências ante o descumprimento, a forma de acompanhamento do cumprimento, inclusive com marcação de encontros e/ou contatos telefônicos entre os envolvidos. Caso não haja acordo, o documento deverá conter apenas os dados dos participantes e a informação de que o procedimento não chegou a um acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Em razão do princípio da confidencialidade, não deve constar do documento o que se discutiu nas sessões, os motivos pelos quais não se chegou a um acordo, nem se expressar qualquer julgamento sobre o comportamento das partes durante o procedimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

O documento com o resultado do procedimento deve ser encaminhado ao Ministério Público. Não havendo acordo, o caso é devolvido para o MP, para negociação tradicional. Na hipótese de acordo restaurativo, o MP assinará o ANPP com o autor do fato e seu defensor e, eventualmente, a vítima, tendo como condição, nos termos do art. 28-A, V, do CPP, o cumprimento do plano de ação firmado. Alguns pontos se colocam nessa etapa.

Primeiro, a necessidade de o membro do Ministério Público observar estritamente o princípio da confidencialidade. Não deve se imiscuir em temas discutidos no procedimento restaurativo ou questionar acerca destes. Deve se basear no plano de ação e em eventual documentação enviada pela equipe técnica.

Segundo ponto é que o plano de ação pode envolver a corresponsabilidade de várias pessoas diversas do autor do fato. Nesse caso, somente serão objeto do ANPP as obrigações assumidas pelo autor do fato, embora isso não afaste a possibilidade de que

os corresponsáveis cumpram, no procedimento restaurativo, as condições assumidas e que o plano de ação global seja encaminhado ao juízo, juntamente com o ANPP.

Terceiro ponto é que não é possível cumular o cumprimento do plano de ação com outras condições não provenientes do procedimento restaurativo, por mais que isso se mostre tentador para o Ministério Público. A premissa da JR é que haja uma construção da solução pelos próprios envolvidos, não se podendo admitir a imposição de condições por terceiros que não participaram do procedimento, sob pena de cooptação e desvirtuamento dos princípios da JR. Ao se admitir a imposição de outras condições, diversas das pactuadas no procedimento restaurativo, estaria havendo uma mescla indevida da principiologia do sistema punitivo tradicional com a da JR, criando um *tertium genus* indevido. Ademais, haveria possível violação ao princípio do *ne bis in idem*, pela imposição de medidas de JR com medidas do sistema tradicional. Assim, somente condições acessórias e que não digam respeito ao mérito devem ser previstas, como eventual comunicação da alteração de endereço, por exemplo. É interessante e recomendável que, dentre as cláusulas do ANPP envolvendo JR, seja prevista a possibilidade de que, em caso de eventual descumprimento, as partes sejam reencaminhadas para a JR, com o intuito de buscar uma nova solução para o caso, a partir do diálogo entre os próprios interessados.

Quarto ponto é que o art. 28-A do CPP exige, como requisito legal do ANPP, que haja confissão da infração penal, em que o autor do fato reconheça a prática delitativa. É importante verificar como compatibilizar esse ponto com a JR, em especial para que a principiologia desta não seja prejudicada. Conforme dito, embora haja controvérsia no tema, a doutrina vem apontando que a finalidade maior e mais importante da confissão no ANPP é evitar que acordos sejam firmados com pessoas inocentes. Por sua vez, já foi visto que uma das premissas da JR é que o agente reconheça como verdadeiros os fatos essenciais, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, conforme se extrai do art. 2º, § 1º, da Resolução n. 225 do CNJ. Pode-se afirmar que, em princípio, o reconhecimento dos fatos como verdadeiros e a participação no procedimento restaurativo, inclusive com a assinatura do plano de ação, são garantias mais consistentes no sentido de que não se está fazendo um acordo com um inocente do que a mera confissão. Esta, inclusive, pode ser mendaz e elaborada, em uma análise de riscos, com o único propósito de firmar o ANPP. À luz dessa interpretação teleológica, o reconhecimento dos fatos e a participação no procedimento restaurativo são, por si sós, suficientes para atingir o objetivo da confissão, tornando esse requisito preenchido. Ademais, a participação voluntária do autor do fato na construção da solução do caso, que atenda as suas necessidades e os seus interesses, assim como os de todos os envolvidos, indica que a chance de rescisão do plano de ação é bem menor do que a rescisão de um acordo entabulado de maneira negocial e com uma autoridade pública. Por isso, a controvérsia doutrinária sobre eventual utilização ou não da confissão em juízo, em caso de rescisão do acordo, tem menor relevância no campo da JR. De qualquer sorte, caso o membro do MP entenda que a confissão, detalhada e circunstanciada, seja relevante e imprescindível por algum motivo (por exemplo, para utilização em eventual ação penal futura ou em outra esfera, como na seara da improbidade), talvez a JR não seja o caminho mais adequado para o caso. Isso porque tal confissão, formal e circunstanciada, compromete a principiologia essencial da JR, já que a Resolução n. 225/2016 do CNJ, em seu art. 2º, § 1º, dispõe que o reconhecimento dos

fatos como verdadeiros, no âmbito da JR, deve ocorrer em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal e não pode implicar admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Assinado o ANPP, deve ser submetido à homologação judicial, para permitir que haja controle sobre seu conteúdo, nos termos do art. 28-A do CPP e à luz do disposto no art. 8º, § 3º, da Resolução n. 225 do CNJ. Nesse momento, é relevante que o membro ministerial, na petição de submissão do caso à homologação ou mesmo pessoalmente, esclareça, ainda que brevemente, em que consiste a JR, visando afastar preconceitos e, especialmente, sensibilizar os magistrados sobre os potenciais de sua aplicação.

Para a homologação, a lei prevê a designação da audiência na qual o juiz deverá verificar a voluntariedade, por meio da oitiva do autor do fato, na presença do seu defensor, nos termos do art. 28-A, § 4º, do CPP. No entanto, no caso de prévio procedimento restaurativo, em que os pré-círculos e círculos tenham sido realizados dentro do próprio Poder Judiciário, no Centro ou Núcleo de Justiça Restaurativa, coordenado por um juiz, por exigência da própria Resolução n. 225/2016 do CNJ, a finalidade da audiência de homologação pode se mostrar desnecessária, visto que a condução do acordo restaurativo perante o próprio Poder Judiciário assegura a voluntariedade. De qualquer forma, caso ocorra a audiência, o magistrado deve resguardar o princípio da confidencialidade do procedimento restaurativo, focando sua atenção no plano de ação.

É relevante destacar que a atividade do Judiciário é fiscalizatória. O magistrado não pode alterar o conteúdo do acordo, seja para impor outras condições ou alterar as condições impostas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Repita-se: o juiz tem duas opções: recusar a homologação do acordo ou devolver para adequações pelas partes. A Corte Europeia de Direitos Humanos já asseverou que, em princípio, em casos envolvendo o consenso, o Judiciário tem o poder de aprovar ou rejeitar, mas não de modificar seus termos (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2014). Isso é reforçado pelo teor do art. 28-A do CPP, em especial pelo seu § 7º,¹⁷ e pelo item 18.1 da Orientação Conjunta n. 3/2018 das Câmaras do MPF. O magistrado tem poder para determinar que as partes possam realizar adequações ao acordo, caso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no ANPP, nos termos do art. 28-A, § 5º, do CPP. No entanto – e isso é crucial –, o magistrado somente deve determinar adequações em situações absolutamente

17 Inclusive, essa impossibilidade de o juiz alterar as condições do acordo é reforçada pelas alterações incluídas pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019). O art. 28-A, § 7º, do CPP assevera que o “juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo”. Por sua vez, o art. 28-A, § 5º, do CPP dispõe: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”. Assim, há ao juiz duas alternativas: recusar homologação ou determinar que o MP faça a adequação. Não pode ele mesmo alterar o acordo. Inclusive, é interessante que o Pacote Anticrime também vedou essa possibilidade ao juiz na colaboração premiada. A antiga redação do art. 4º, § 8º, da Lei n. 12.850/2013 previa que o juiz poderia recusar homologação à proposta de acordo que não atender aos requisitos legais, “ou adequá-la ao caso concreto”. No entanto, a nova redação dada a esse dispositivo pelo Pacote Anticrime excluiu a possibilidade de o juiz fazer a adequação. Passou a prever o seguinte: “O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”.

excepcionais, respeitando a centralidade dos envolvidos, a voluntariedade do procedimento restaurativo e a sua condução por um facilitador restaurativo capacitado e imparcial. Desde que as obrigações sejam razoáveis e proporcionais, respeitem a dignidade de todos os envolvidos, conforme deflui do art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ, e não afrontem a lei, o acordo deve ser homologado. De qualquer forma, em situações excepcionais, caso entenda que devam ocorrer adequações, deve apenas devolver o acordo para que essas sejam feitas pelos próprios envolvidos, de maneira dialógica, assegurando-se, assim, a própria centralidade das partes na resolução do conflito. Tais adequações, inclusive, devem ocorrer no bojo de um procedimento restaurativo. Por isso, em caso de necessidade de adequações, o ideal é que o MP encaminhe o procedimento para o Centro de Justiça Restaurativa, para que haja eventual reformulação do acordo.

Uma vez homologado o acordo, a fiscalização pode se dar de duas formas, a depender do quanto acordado no plano de ação. Se o cumprimento for imediato, o acompanhamento das condições poderá ser feito pelo Centro de Justiça Restaurativa, por meio, entre outros, do pós-círculo, que tem “como função observar e zelar pela realização do acordo estabelecido durante o círculo restaurativo” (BOONEN, 2011). É possível que a rede de apoio auxilie no acompanhamento das condições. Por sua vez, se o cumprimento previsto no plano de ação for postergado no tempo (como prestação de serviços por determinado período), a fiscalização pode se dar pelas Varas de Execuções Penais ou pelas Centrais de Penas Alternativas (Cepema).

Havendo descumprimento do acordo, o ideal é que as partes sejam reencaminhadas para a JR, com o intuito de que sejam realizados novos encontros entre as pessoas, separada ou conjuntamente, visando reafirmar o acordo e restabelecer o prazo, caso haja interesse dos envolvidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Sempre que possível, isso deve ocorrer dentro da esfera e das ambiências da JR, sendo recomendável, conforme dito, que conste no ANPP cláusula nesse sentido (realização de pós-círculo para acompanhamento). No entanto, caso haja descumprimento definitivo do acordo, a informação deve ser remetida para o MP ou para o Judiciário, para as providências cabíveis. Segundo nos parece, nesse caso, como já houve acordo homologado, o descumprimento das condições acordadas permite que o MP ofereça denúncia, não sendo o caso de reabrir negociações para novo ANPP.

Em síntese, portanto, o fluxo pode ser representado pelas seguintes etapas: (I) o membro do MP entende que já há justa causa (em geral, com o inquérito relatado); (II) avalia se é cabível o ANPP e, ainda, se a JR é adequada para o caso; (III) em caso positivo, avalia se é o caso de derivar com ou sem contato – ou seja, se contata previamente ou não o advogado e/ou o autor do fato; (IV) em seguida, formaliza a derivação do procedimento para a JR; (V) o Centro de Justiça Restaurativa providenciará os convites para os pré-círculos, direcionados para a vítima e para o autor do fato, para informação e esclarecimentos, com a possibilidade de continuidade do procedimento restaurativo de maneira voluntária; (VI) caso não haja acordo no procedimento restaurativo, o caso é devolvido para o MP, para negociação tradicional; (VII) se houver um acordo e for firmado o plano de ação, este é encaminhado ao MP; (VIII) o membro do MP assinará o ANPP, juntamente com o autor do fato, seu advogado e, eventualmente, a vítima, tendo como única condição principal o cumprimento do estabelecido no procedimento restaurativo; (IX) assinado o acordo, este é submetido

à homologação judicial, mediante petição fundamentada; (X) o magistrado poderá designar audiência para ouvir o autor do fato e seu defensor, especialmente para aferir a voluntariedade; no entanto, caso o acordo restaurativo tenha sido realizado dentro da estrutura do próprio Poder Judiciário (Centro de Justiça Restaurativa), referida audiência pode se mostrar desnecessária, uma vez que garantida a sua voluntariedade; (XI) caso o magistrado identifique algum óbice legal à homologação, pode excepcionalmente devolver os autos para que as partes realizem adequações, o que deve ser feito no bojo do procedimento restaurativo; (XII) homologado o acordo, o cumprimento do plano de ação poderá ser feito no Centro de Justiça Restaurativa, se for passível de cumprimento imediato (em geral no pós-círculo), ou perante a Vara de Execuções Penais, se as condições forem postergadas no tempo; (XIII) cumprido o plano de ação e, assim, por via de consequência, o ANPP, será declarada extinta a punibilidade; (XIV) em caso de descumprimento do plano de ação, o ideal é que as partes sejam reencaminhadas para a JR, visando reafirmar o acordo e restabelecer o prazo, caso haja interesse dos envolvidos; se não houver possibilidade, o caso retorna ao MP para oferecimento de denúncia.

5 • CONCLUSÃO

Tanto o ANPP como a JR são temas novos no contexto jurídico e social do País. A introdução de cada um no cenário nacional merece profundo zelo e reflexão. A questão se torna ainda mais relevante quando se busca verificar a confluência de ambos, especialmente porque pautados em premissas bastante diversas.

O ANPP representa um grande avanço para revolucionar a persecução penal no Brasil, diante de suas características e amplitude. Poderá permitir que o sistema punitivo seja reservado para situações de maior gravidade, assegurando, também, uma prestação jurisdicional mais célere e a diminuição da estigmatização do investigado pelo processo.

Por sua vez, a JR, muito além de apenas um método de resolução de conflitos, traz uma verdadeira transformação social, intencionando a construção efetiva da cultura de paz, buscando uma mudança de paradigmas em todas as dimensões da convivência e do conflito – relacional, institucional e social (SALMASO, 2016). Por isso, buscou-se demonstrar as potencialidades desse novo olhar e a razão pela qual se deve, sempre que possível, estimular o uso da JR, com a observância dos seus princípios e valores.

Quando se instruem processos no sistema tradicional de justiça penal (retributivo-punitivo), os atores da relação processual atuam olhando pelo “buraco da fechadura” (em um limitadíssimo recorte da realidade). Por sua vez, a JR tem a “chave que abre a porta”, acessando o conflito em suas múltiplas dimensões, identificando suas raízes e gatilhos, e adentrando nas águas profundas da assunção coletiva de responsabilidades pelo fenômeno da violência. Esse despertar de saberes e olhares trazido pela JR viabiliza a construção consciente de solução adequada e duradoura para o dano causado ao corpo social, nascendo um espaço para a transformação de todos os participantes do processo restaurativo, plantando-se em terreno fértil a semente da paz, do respeito e da união (fraternidade). E o plantio dessa semente no âmago de cada indivíduo que compõe o corpo social previne novos danos (a reiteração da conduta).

Verificou-se que a JR pode fazer parte da revolução trazida pelo ANPP, permitindo, assim, que uma “dupla revolução” ocorra: uma revolução jurídica e uma revolução social. Para tanto, o presente artigo buscou visibilizar a JR e sensibilizar os operadores do sistema de justiça para a utilização do ANPP como “porta de entrada” para a aplicação da JR na seara penal. O ANPP pode configurar, portanto, um importante instrumento de transição do paradigma punitivo para o paradigma restaurativo, respeitando-se os princípios e valores estruturais de cada um dos institutos.

O que se acredita é que aquele que tiver a oportunidade da derivação do seu conflito para a JR estará tendo uma nova oportunidade de vida – não apenas a chance de evitar o processo criminal – pela possibilidade de mudar a condução da sua própria existência, conhecendo a si mesmo e ao outro, entendendo as razões de seus atos e a possibilidade concreta de mudança de comportamentos, em um caminho de transformação individual e coletiva, um verdadeiro convite para o bem e para o valor Justiça!

REFERÊNCIAS

BOONEN, Petronella Maria. *A justiça restaurativa, um desafio para a educação*. 2011. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação e mediação: perguntas e respostas*. Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de gestão para as alternativas penais*. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico propositivo mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Aksoy v. Turkey*. Application n. 21987/93. Julgamento em 18.12.1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-58003%22>].

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*. Application n. 9043/05. Julgamento em 8.9.2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-122692%22>].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso Gomes Lund e outros v. Brasil*. Sentença de 24.11.2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: RT, 1996.

HOPPE, Harold. *O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal: perspectivas e possibilidades no processo penal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei n. 13.694/2019). In: GONÇALVES, Antonio Baptista. *Lei Anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial*. São Paulo: RT, 2020. No prelo.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002*. Regulamenta os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>.

PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Monica. Justiça restaurativa e suas dimensões empoderadoras. Como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 123, p. 75-82, ago. 2014.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: CRUZ, Fabricio Bittencourt da (coord.). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016. p. 15-64.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Habeas Corpus Criminal 2070494-55.2020.8.26.0000*. Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890689261/habeas-corpus-criminal-hc-207049455-20208260000-sp-2070494-5520208260000/inteiro-teor-890689375?ref=juris-tabs>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Programa Justiça Restaurativa para o Século 21*. Porto Alegre: TJRS, 2015.

WILSON, Robin J.; CORTONI, Franca; MCWHINNIE Andrew J. Circles of support & accountability: a canadian national replication of outcome findings. *Sexual Abuse*, New York, v. 21, n. 4, p. 412-430, 2009.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.