

A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO/RÉU EM PROCEDIMENTO CIRCULAR RESTAURATIVO COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

Marcelo Augusto Ribeiro
Promotor de Justiça¹

O presente trabalho visa a enfrentar os efeitos jurídico-processuais que a participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo pode lhe propiciar, quando se trata de ilícito relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher, no âmbito da Lei nº 11.340/06, no que toca às consequências penais e especialmente à dosimetria da pena.

É oportuno destacar que as agressões e outros atos dolosos que constituem violência doméstica contra a mulher possuem nuances e particularidades próprias que lhes dão contorno específico em relação a outros ilícitos previstos no ordenamento penal, diante do enredo próprio das relações pessoais existentes entre o autor do fato e a vítima, o que demanda a necessidade de visão particularizada por parte do operador do Direito.

É nesse cenário que se insere esta proposta, sabendo-se de antemão do crescimento das discussões acerca das práticas restaurativas no Brasil, especialmente a partir da vigência da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Todavia, desde logo, como premissa do raciocínio que se passa a expor, não se pretende aprofundar o debate sobre Justiça Restaurativa em seus diversos aspectos, princípios e fundamentos, teorias abolicionistas e temas correlatos, o que se reserva a outro momento dada a importância e profundidade do assunto.

O que se pretende, neste momento, é discorrer sobre as consequências jurídico-processuais da aplicação das técnicas restaurativas, especialmente dos círculos restaurativos, paralelamente à persecução penal, ante a necessidade de se realizar novas experiências e se experimentar novos caminhos e mecanismos juridicamente sustentáveis visando o fim maior do processo (pacificação social), nem sempre alcançado no processo penal tradicional.

E tal análise se dá a partir da experiência vivida na Comarca de Ponta Grossa, no Estado do Paraná, cidade com cerca de 340.000 habitantes, a partir da rotina da 16ª Promotoria de Justiça que, dentre outras atribuições, atua em ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/06, perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

De plano, para delimitar e introduzir o tema, ainda que superficialmente, colaciona-se alguns aspectos fundamentais acerca das práticas restaurativas e da Justiça Restaurativa na visão de Oliveira:

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

“Assim, frustradas as expectativas dos sujeitos participantes no procedimento, passa-se a avaliar se a construção de um modelo ativo e, desde logo construtivo, seria razoável para justificar uma nova visão acerca do crime e das reações dele advindas. Para tal proposta, traz-se à colação a justiça restaurativa, que, de forma oposta, enfatiza a necessidade de se “reconhecerem os impactos sociais e de significativas injustiças decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que frequentemente desconsideram as necessidades da vítima”, propiciando também ao autor dos fatos um lugar para sua fala. Assim, contra uma “visão vertical na definição do que é justo, ela (justiça restaurativa) dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva”.²

Refere aludida autora que a ética da alteridade constitui o fundamento filosófico das práticas restaurativas:

“(…) a ética de alteridade encontra-se presente e, desde logo, enquanto fundamento filosófico, como poderia legitimar a inserção das práticas restaurativas no ordenamento: a partir do diálogo entre os participantes, que se encontram face a face, restará facilitada a abertura para o diferente, viabilizando a compreensão do sentido da ofensa, reatando a relação intersubjetiva rompida e a restauração da paz (individual e social) (…).”

Nessa linha de pensamento, o crime e a contravenção penal relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, para além de tão somente serem tomados como a lesão a um bem juridicamente tutelado e a conduta que viola a lei (norma) penal, necessitam também ser compreendidos na perspectiva de que, diferentemente da maioria dos ilícitos penais que ocorrem entre pessoas que não mantêm relações pessoais entre si (na maioria das vezes são desconhecidos), são fatos que acarretam, por vezes, a ruptura de uma relação preexistente entre agente e vítima e, via de consequência, afetam também a relação para com terceiros, tais como filhos e demais familiares.

Daí a necessidade da retomada de valores éticos na eventual reconstrução da relação entre vítima e agente, o que não significa, necessariamente, a retomada do relacionamento amoroso. Ao revés, o que se busca é alguma construção consensual, ainda que adstrita apenas a algum aspecto do conflito, e que decorra da própria vontade das partes envolvidas de modo a minimizar, ainda que parcialmente, os conflitos existentes e que se mostre hábil a permitir, no mínimo, uma relação respeitosa.

E o trabalho de apoio à família é fundamental para a pacificação social, pois, ainda que a relação amorosa tenha um fim, há vínculos que são eternos, na medida em que, como dito, os conflitos poderão envolver mães, filhos, avós etc. E sem a pacificação de tais relações, é enorme o potencial de novos conflitos e respectiva judicialização em diversas áreas.

Dessa maneira, tem-se que, muitas vezes, o mero compromisso formal de respeito mútuo a que as partes chegam de maneira consensual e voluntária por intermédio das práticas restaurativas pode ser extremamente significativo dentro do contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que, conforme observado em diversos casos concretos ocorridos na Comarca de Ponta Grossa, após a aplicação do círculo restaurativo, muitas mulheres se sentem suficientemente seguras a ponto de, por exemplo, comparecerem espontaneamente em juízo e informarem que as medidas protetivas de urgência outrora deferidas não mais se fazem necessárias (e que, por vezes, segundo elas, passaram a ser até prejudiciais à nova relação (ainda que não

² OLIVEIRA, Cristina Rego. *Mediação Penal & Justiça: Da Ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 37/38.

amorosa) diante do novo cenário pós-círculo sobre o qual adiante se discorrerá) e, por essa razão, requerem a revogação de tais medidas para que possam estabelecer, por exemplo, uma relação mais livre e amistosa no que toca ao exercício do direito de visitas do agente aos filhos, exercício da guarda etc, o que se revela extremamente significativo, pois demonstra que aquele cenário de medo e pavor da vítima para com o autor do fato, antes presente, deixou de existir.

O que também, por outro lado, revela-se benéfico ao agente, na medida em que deixa de existir em desfavor dele o risco iminente da prisão preventiva na hipótese de eventual descumprimento das medidas protetivas de urgência que constituem efetivo cerceamento à liberdade de ir, vir e permanecer necessário para proteger a integridade psicofísica da vítima. Além de afastar o autor do fato das mazelas do sistema carcerário brasileiro e de contribuir para o aumento da população carcerária.

Ademais, de se frisar que, por intermédio das práticas restaurativas, não se visa que vítima e agente retomem eventual relacionamento amoroso até então existente. Não é isso. O que se busca é a paz individual e social, finalidade última que também é almejada pelo Estado ao final da persecução penal, quando da solução do conflito de interesses entre ele e o agente (direito de punir X direito à liberdade), na qual, tradicionalmente, a vítima assume papel secundário e se vê muitas vezes frustrada com o resultado do processo.

Vale dizer, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que por uma questão emocional ou simbólica, oportunizar as práticas restaurativas poderá proporcionar à vítima e ao próprio agente algo que a persecução nem sempre alcança que é a paz individual e a possibilidade de, a par da responsabilização penal, estabelecerem um relacionamento, ao menos, respeitoso e amistoso, pois, como é cediço, independentemente da retomada de eventual relacionamento amoroso, quando preexistente, podem haver filhos em comum, por exemplo, o que demanda definições acerca de guarda, alimentos, direito de visitas, dentre outras questões. E se não houver uma relação, no mínimo, respeitosa entre os envolvidos, certamente isso se refletirá em novos conflitos com grande potencial de judicialização.

Ademais, ante os efeitos psicológicos decorrentes do ilícito, muitas vezes se revela importante proporcionar o encontro e o diálogo entre a vítima e o autor do fato, inclusive para que possam ter participação ativa na resolução de seus próprios problemas³:

“a “oportunidade para relatar os acontecimentos a partir do seu próprio ponto de vista, sendo que todos adquirem um claro entendimento do que aconteceu e das consequências do comportamento em questão e tomam consciência do que deve ser feito para que os danos sejam reparados”. A interação entre os participantes facilita a superação dos traumas sofridos, visto que possibilita a reconstrução de sua identidade à medida que expressa “o seu ponto de vista e os seus sentimentos acerca do crime: a vítima tem a oportunidade de confrontar o infrator com o impacto do seu acto, este tem por sua vez a oportunidade de assumir perante aquela a culpa pela sua conduta e de compreender o mal que esta provocou”, contando ao Outro sua história, quais os impactos sofridos em decorrência das suas ações.”⁴

³ Idem, p. 88.

⁴ “Assim sendo, o contato direto também oportuniza que a vítima exponha ao ofensor sua mensagem, “sensibilizando-o para as consequências de seus actos” e “confrontando-o em suas responsabilidades. Assim, através do contato direto com o agressor, passa a questionar-lhe sobre as razões, circunstâncias da prática do fato, situando-se, ainda, em todo o contexto no qual está inserido, para que, após, dê-se-lhe voz para expor o que seria uma solução justa para o conflito concreto, negociando-a de forma proporcional à parcela de sua responsabilidades.

Enfim, hodiernamente, não é mais possível relegar exclusivamente ao Estado o papel e a responsabilidade pela pacificação individual e social. Mesmo porque, em se tratando de ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, nem sempre se atinge tal desiderato, razão pela qual, ainda que paralelamente à persecução penal, deve-se conferir à vítima e ao autor do fato função ativa nessa busca, inclusive, como forma de empoderamento daquela.

Logo, não se olvida nos dias atuais da importância fundamental da aplicação de técnicas restaurativas paralelamente à persecução penal, inclusive, na busca pela almejada efetividade da prestação jurisdicional, no sentido de que tal prestação atenda ao seu principal desiderato que é a pacificação social, o que nem sempre é atingido com a sentença proferida na ação penal.

Nada obstante, não se prega aqui a implementação da Justiça Restaurativa e/ou do abolicionismo penal em detrimento do processo penal constitucional tradicional com a consequente responsabilização penal do agressor.

Não é isso.

O que se sustenta é que - especialmente em ilícitos penais de menor gravidade (a exemplo da perturbação da tranquilidade, vias de fato, ameaça, lesões corporais leves, crimes contra a honra, dentre outros) que constituem a maioria dos ilícitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme preconiza a Lei nº 11.340/06 e que não apresentem particularidades que desaconselhem a prática restaurativa ou que esta se mostre inviável - paralelamente à persecução penal voltada à responsabilização penal do agente, sejam implementadas aludidas práticas restaurativas tão somente se e quando houver interesse e voluntariedade das partes.

E mais, não se propõe que as práticas restaurativas constituam medidas despenalizadoras para evitar/afastar o processo (tal como ocorre com a transação penal e com a suspensão condicional do processo) ou como instrumento de barganha disponibilizado ao autor do fato para se escusar da responsabilização penal.

A responsabilização penal com a consequente imposição de sanção, quando o caso, deverá existir ainda que o autor do fato tenha se submetido às práticas restaurativas, seja em relação aos ilícitos penais passíveis de ação penal pública incondicionada, seja em relação aos ilícitos penais passíveis de ação penal pública condicionada à representação ou mesmo nos passíveis de ação penal privada, quando, nas últimas hipóteses, restarem superadas as fases da persecução penal cujo prosseguimento dependa exclusivamente da vontade da vítima (oferecimento de representação, retratação ou renúncia à representação, oferecimento de queixa-crime, preempção etc).

O encontro ainda viabiliza que as partes sintam-se assistidas pela comunidade – enquanto manifestação de cuidado –, recebendo afeto e propiciando a recomposição da relação rompida sob a égide do perdão e do respeito. De acordo com Christie, “ser vítima é uma função psicológica e social. Uma pessoa nunca é uma vítima por definição, mas torna-se através de um processo de identificação. Essa identificação é geralmente reforçada e fortalecida por um feedback negativo do meio ambiente”. Assim, através da interação com a comunidade local, a etiqueta atribuída ao ofendido pode ser afastada, dissipando os efeitos nefastos de sua rotulação.

Analisando os efeitos da prática restaurativa sob a ótica do autor do ato ofensivo, a mediação penal também pode trazer-lhe respostas positivas. Isso porque, à medida que o coloca em contato direto com a vítima, faz com que tenha “necessariamente de atentar a perspectivas outras de avaliação que não as suas e, com isto, de reavaliar suas próprias condutas, de reavaliar a si mesmos”. *Ibidem*, p. 89.

E, dentre as diversas práticas restaurativas disponíveis, merece destaque, mormente em conflitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, os denominados procedimentos circulares, conforme refere Pranis⁵.

A título de ilustração, para que se possa divisar a dimensão e o alcance de tal prática restaurativa na Comarca de Ponta Grossa, especificamente na aplicação dos procedimentos circulares nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao tomar conhecimento do fato, a Autoridade Policial, o Ministério Público ou o Judiciário, em qualquer momento da persecução penal, vislumbrando a possibilidade de aplicação da prática restaurativa, podem encaminhar o caso ao CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania).

No CEJUSC ocorre uma fase denominada pré-círculo na qual é lavrado o Termo de Abertura de Procedimento Circular de Justiça Restaurativa; as partes envolvidas são formalmente convidadas a participar; é lavrado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido sobre as diretrizes e objetivos do procedimento; bem como a pessoa é cientificada sobre a possibilidade de desistir de participar do procedimento a qualquer tempo.

Nesta fase, os envolvidos são orientados sobre o funcionamento do procedimento; cientificados, dentre outros, de dois princípios basilares que são a voluntariedade (apenas participam se assim o desejarem) e da confidencialidade (tudo que ali é dito e tratado é confidencial); bem como são estimulados a contarem suas histórias e a exporem suas expectativas quanto ao procedimento.

Em seguida, passa-se à fase do círculo propriamente dito, na qual, em dia e hora previamente designados, as partes (autor do fato e vítima), acompanhados ou não de um apoiador, caso assim o desejem (pode ser um membro da família ou uma pessoa de sua confiança), submeter-se-ão à metodologia e às técnicas a serem aplicadas por dois facilitadores, procedimento que tem duração aproximada de três horas.

5 “Os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais.

Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa ao centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos.

Usando elementos estruturais intencionais (cerimônia, um bastão de fala, um facilitador ou coordenador, orientações, e um processo decisório consensual), os Círculos objetivam criar um espaço onde os participantes se sentem seguros para serem totalmente autênticos e fiéis a si mesmos.

(...)

No círculo as decisões são tomadas por consenso. Isto não significa que todos terão entusiasmo em relação a determinada decisão ou plano, mas é necessário que cada um dos participantes esteja disposto a viver segundo aquela decisão, bem como apoiar sua implementação.

Antes de discutir a missão do grupo em si, é preciso conhecer todos os participantes e construir relacionamentos, independente da tarefa do grupo. Metade do tempo do encontro poderá ser gasto criando-se a base para um diálogo profundamente honesto em torno do conflito ou dificuldade que acontecerá na etapa seguintes. Discutir valores, criar linhas-mestras que orientem o trabalho, partilhar aspectos desconhecidos sobre si mesmo – tudo isto é parte da preparação do alicerce para um diálogo que mobilizará os participantes emocional e espiritualmente, além de intelectualmente.

Num Círculo, chega-se à sabedoria através das histórias pessoais. Ali a experiência vivida é mais valiosa do que conselhos. Seus integrantes partilham experiências pessoais de alegria e dor, luta e conquista, vulnerabilidade e força, a fim de compreender a questão que se apresenta. Quando alguém conta uma história, mobiliza as pessoas à sua volta em muitos níveis: emocional, espiritual, físico e mental. E os ouvintes absorvem as histórias de modo muito diferentes do que se estivessem ouvindo conselhos.” (PRANIS, Kay. Teoria e Prática: Processos Circulares. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 25/28)

Ao final do círculo, aguarda-se que as partes construam e proponham por si mesmas alternativas consensuais que, respeitadas as particularidades de cada caso, contribuam para a minimização dos conflitos, ainda que de forma parcial. Ou seja, muitas vezes a construção em consenso a que chegam os envolvidos é simplesmente (e que, paradoxalmente, não é pouco) o compromisso formal de se respeitarem mutuamente. Por vezes, observa-se o compromisso de não telefonarem um para o outro, porque, naquele caso, tal ação constituía um dos principais motivos de conflito, sobretudo, quando cada qual já havia constituído nova família/relacionamento ou, por outro lado, o consenso se deu no sentido de tratarem os assuntos de comum interesse apenas por telefone, porque os conflitos decorriam dos encontros pessoais; o compromisso de simplesmente não se agredirem verbalmente ou, ainda, limitarem o contato apenas a mensagens por telefone ou, por outro lado, evitarem as mensagens para não ocorrer mal-entendidos; compromisso de estabelecerem mais diálogos; solução de consenso quanto à guarda dos filhos, regime de visitas e alimentos (devidamente homologados pelo juízo do CEJUSC, após parecer ministerial), pois são questões que contribuem fundamentalmente para os conflitos quando não existem regras claras a respeito.

De qualquer modo, sejam quais forem os pontos de consenso a que as partes cheguem, estes serão objetiva e sucintamente apontados em documento próprio (visando a preservar a confidencialidade) que será encartado aos autos do procedimento que será submetido à apreciação do órgão do Ministério Público designado para atuar junto ao CEJUSC e, em seguida, ao magistrado coordenador do CEJUSC para homologação. Após a homologação, os autos do procedimento são remetidos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar e apensados aos autos de inquérito policial/ação penal respectivos.

Por fim, existe a fase do pós-círculo na qual as partes são contatadas pelo CEJUSC em prazo razoável após o círculo (cerca de 45 dias) para informarem como a relação se encontra, avaliarem o procedimento e os resultados obtidos, declinarem se os compromissos assumidos estão sendo respeitados etc. Hipótese curiosa ocorrida na Comarca se deu quando, nesta fase, o autor do fato, quanto aos alimentos pactuados em favor dos filhos em construção em consenso ao longo do círculo, voluntária e espontaneamente informou ao CEJUSC que naquele momento poderia aumentar o valor dos alimentos em razão do novo emprego obtido e da melhor remuneração.

Oportuno consignar que, na Comarca de Ponta Grossa, até o momento, não se tem notícia de reincidência por parte daqueles que participaram dos círculos restaurativos. Apenas a título de ilustração, ao longo do ano de 2016, foram realizados, em diversos momentos da persecução penal, 100 (cem) pré-círculos e 16 (dezesesseis) círculos, sendo que a justificativa apresentada pelos envolvidos para a não continuidade do procedimento circular restaurativo foi a de que o conflito já havia se resolvido entre eles.⁶

De se destacar ser também aplicável à matéria a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, e a Resolução nº 02/2014, da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que também trata do tema em âmbito estadual.

⁶ Idem, p. 27

Frise-se tratar, como dito, de procedimento absolutamente voluntário e que demanda o desejo conjunto da vítima e do autor do fato, cuja participação não pode decorrer de ordem judicial ou como condição para liberdade provisória ou qualquer benesse, nem tampouco a recusa em participar acarretará qualquer tipo de consequência processual, sob pena de desvirtuar-se a finalidade do instituto.

Demonstrados, portanto, basicamente, os princípios e fundamentos dos círculos restaurativos relacionados aos ilícitos penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, retomase a indagação inicial exposta no presente no sentido de perquirir quais são as consequências jurídico-processuais que a participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo pode trazer em ações penais que envolvam ilícitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da Lei nº 11.340/06, mormente no que toca à dosimetria da pena eventualmente imposta.

Eventualmente se poderia sustentar que a participação do agente nos círculos restaurativos, a depender dos resultados alcançados e da espécie de ilícito penal cometido, poderia acarretar a falta de justa causa para a ação penal e/ou a perda superveniente do interesse processual por parte do titular da ação penal na perspectiva do Direito Penal mínimo, dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, e por analogia “in bonam partem” a partir das escusas absolutórias previstas no art. 181, do Código Penal, e das razões de política criminal que as fundamentam, como forma de prestigiar a unidade familiar em detrimento da persecução penal em verdadeiro conflito de interesses e de valores solucionado a partir do princípio da proporcionalidade.

Sobre as escusas absolutórias, discorre E. Magalhães Noronha:

“(…) Parece-nos certo que a predominância dos interesses da família, o alarma social de pequeno vulto, a menor periculosidade do agente, são circunstâncias que até certo ponto justificam as imunidades penais.

(…) Com efeito, a nós nos parece que o crime patrimonial entre parentes não deve ser perseguido de ofício. Não só em nome da paz e da concórdia que deve existir no seio da família, mas também por uma razão que, conquanto não invocada pelos doutos, é indicada pela prática. Os crimes patrimoniais, como os contra os costumes, são dos que não prescindem do concurso da vítima, na elaboração da prova. Cometidos quase sempre sem testemunhas, às ocultas, são a palavra daquela e os esclarecimentos seus que orientam o julgador na pesquisa da verdade. Por outro lado, é princípio de que não existe delito patrimonial com o consentimento do lesado. Disso, sem esforço, se vê a precariedade da ação, se se a quisesse conferir ao Ministério Público.”⁷

Todavia, salvo melhor entendimento, não nos parece adequada a aplicação da aludida fundamentação relacionada aos ilícitos penais de natureza patrimonial aos ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, na medida em que afastaria a responsabilização penal do agente, o que, sobretudo na atualidade e diante da histórica e cultural violência de gênero contra a mulher, não se mostra justo, razoável, adequado e proporcional, mormente por se tratar de odioso fato social decorrente, direta ou indiretamente, do preconceito que ainda persiste na sociedade em relação à mulher.

Não bastasse, tal entendimento parece estar em rota de colisão com o art. 226, §8º, da Constituição Federal⁸, bem como com os princípios e normas da Lei nº 11.340/06, mormente no que toca à

⁷ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 2. São Saraiva.2000, p. 515.

⁸ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)”

necessidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e à necessidade de empoderá-la e de protegê-la sob diversos aspectos, em verdadeira discriminação positiva, razão pela qual não se olvida que a responsabilização penal exerce papel fundamental e pedagógico na prevenção e repressão de tais ilícitos, de forma geral e, em particular, sob pena de, inclusive, caracterizar-se proteção deficiente dos bens jurídicos elencados pela Lei nº 11.340/06.

Ademais, repise-se, não se pode admitir que as práticas restaurativas sejam vistas como instrumento de barganha por parte dos agentes, a ponto de enxergarem nos círculos restaurativos uma possibilidade de evitarem o processo, tal qual uma medida despenalizadora como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Trata-se de matéria absolutamente distinta que possui princípios e normas próprias que com aquelas não se confundem, sob pena de desvirtuar-se a aplicação das práticas restaurativas.

Porém, por outro lado, há necessidade de se reconhecer a atitude do autor do fato em participar de tais práticas e, por uma questão de equidade, outorgar a esta participação uma consequência jurídico-processual que, a um só tempo, valore/recompense sua iniciativa voluntária e, em retribuição, confira algum efeito concreto na dosimetria da pena, caso condenado.

Pois não se olvida que o indiciado/réu que participou dos círculos restaurativos deve ser tratado de forma diversa daquele não participou, pois, uma vez condenado, não se mostra equânime que receba a mesma pena que aquele que não participou, sob pena de tratar-se igualmente situações completamente desiguais, o que representa ofensa à Constituição Federal, mais precisamente ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI.

Neste tocante, refere Bulos⁹:

“Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime.

(...)

Tal vetor compactua-se com o ditame da personalidade, ou seja, imputa-se o crime, apenas, ao seu autor, sendo ele o único elemento suscetível de sofrer sanção.

Ao consagrar dito princípio, o constituinte levou em conta a dignidade da pessoa humana, tão enfatizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declarações Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dentre outros que erigiram a pessoa física à própria razão de ser da sociedade.”

Todavia, de outro turno, salvo melhor entendimento, não se concebe como suficiente e proporcional reconhecer tão somente a presença de uma circunstância judicial favorável (art. 59, do Código Penal) quando da primeira fase da dosimetria da pena, a exemplo da conduta social ou da personalidade do agente, porque o *quantum* a ser conferido pelo juiz diante de uma circunstância judicial favorável será diminuto e eventualmente poderá ter por escopo tão somente se contrapor a uma circunstância judicial desfavorável, o que

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 501.

nos parece irrazoável e desproporcional a partir do significado e do que representa a efetiva participação do condenado no círculo restaurativo, o que, de alguma maneira deve ser recompensado e estimulado pelos benefícios sociais que traz.

Assim, tais entendimentos revelam dois extremos diametralmente opostos e injustificáveis quanto aos efeitos jurídicos que a participação do agente nas práticas restaurativas podem acarretar à persecução penal. De um lado, acarretar a extinção do processo diante da alegada perda superveniente de interesse processual parece-nos supervalorizar infundadamente o comportamento do agente (está além do razoável) e, por outro lado, relegar tal comportamento à análise favorável de uma mera circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena implicaria em subvalorizar seu comportamento (está aquém do razoável).

Por essa razão é que se busca no presente trabalho propor uma solução intermediária e que melhor contemple a proporcionalidade.

Então, como atender ao princípio da individualização da pena e conferir de forma justa e razoável ao agente alguma consequência jurídica à sua iniciativa em participar dos círculos restaurativos diante da legislação vigente?

O que se propõe é que a participação do agente em procedimentos restaurativos caracterize uma circunstância atenuante inominada, com fulcro no art. 66, do Código Penal, posto que o rol das circunstâncias atenuantes mencionado no art. 65, do citado diploma é meramente exemplificativo.

Sobre a redação do aludido dispositivo, afirma Greco:

“O art. 66 do Código Penal, demonstrando a natureza exemplificativa do rol existente no art. 65, diz que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito; pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que, no caso concreto, em virtude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea b, do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano etc.”¹⁰

Para Mirabete:

“Visa o dispositivo uma possibilidade de flexível individualização da pena. A rigor, porém, o juiz já poderá levar em conta na fixação da pena qualquer circunstância do crime, diante do disposto no art. 59, orientador da escolha da pena base.

Podem ser apontados alguns exemplos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.”¹¹

Assim, o reconhecimento de uma circunstância atenuante inominada, quando da segunda fase da dosimetria da pena do condenado, cujo critério jurisprudencial majoritário aponta para o *quantum* de um sexto da pena, parece-nos uma solução juridicamente sustentável, mais adequada e proporcional, em

¹⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 575.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Gral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 298.

reconhecimento ao seu comportamento de participar dos círculos restaurativos após a prática do ilícito penal e que, a um só tempo, retribui proporcionalmente sua atitude de buscar as práticas restaurativas, bem como constitui medida justa de estímulo (e não barganha) para outros agentes.

Contudo, não se sustenta que a participação no círculo restaurativo “per se” constitua direito adquirido à circunstância atenuante inominada quando da prolação de eventual sentença condenatória. Ao revés, caso seja constatado no pós-círculo, ou a qualquer momento até a sentença, que o autor do fato praticou qualquer conduta incompatível com os fins da prática restaurativa, a despeito da participação dele no círculo, verificar-se-á que os fins pretendidos não foram alcançados e, portanto, a circunstância atenuante inominada não deve ser reconhecida.

Diante do exposto, conclui-se que:

a) considerando que ainda não se verifica posicionamento dos Tribunais Pátrios especificamente sobre o tema, a participação do indiciado/réu nos círculos restaurativos deve acarretar em benefício dele, no caso de condenação penal, alguma consequência jurídico-processual;

b) tal participação deve ser valorada na sentença condenatória, quando da segunda fase da dosimetria da pena, como uma circunstância atenuante inominada (art. 66, do Código Penal), por se mostrar medida justa, razoável, proporcional e em sintonia com o art. art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, com a ressalva do Enunciado nº 231, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça¹²;

c) a participação no círculo restaurativo “per se” não constitui direito adquirido à circunstância atenuante inominada quando da prolação de eventual sentença condenatória e, caso seja constatado no pós-círculo, ou a qualquer momento até a sentença, que o autor do fato praticou qualquer conduta incompatível com os fins da prática restaurativa, a despeito da participação dele no círculo, não deve ser reconhecida a circunstância atenuante inominada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Presidência da República. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 de março de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado nº 231. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000231%27>>. Acesso em 04 de março de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 2. São Saraiva.2000.

12

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

OLIVEIRA, Cristina Rego. *Mediação Penal & Justiça: Da Ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.