

CONCILIAÇÃO PENAL VIA NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS: uma análise sistêmica das comunicações políticas e jurídicas

Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa¹

RESUMO

A imperatividade, a hierarquia e a centralidade do magistrado na decisão jurídica têm sido reduzidas não só com os Juizados Especiais, com penas alternativas e transação penal, mas também com os estímulos à conciliação, mediação e arbitragem como, inclusive, consta no Código de Processo Civil em vigor no Brasil. Ainda que o tema não seja novo, esta pesquisa tem por diferencial analisar a realização de conciliações em âmbito policial através de Núcleos Especiais Criminais (NECrims), como os que existem, por exemplo, no Estado de São Paulo desde 2010. Com o objetivo de pesquisar vantagens e entraves para implementação de NECrims, bem como sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, aplicaremos a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, da qual exploraremos elementos do sistema político e do jurídico, com a perspectiva de, ao final, virmos a contrapor ao ineficiente modelo clássico de justiça penal punitivista adotado no Brasil a alternativa da justiça restaurativa através da implementação de NECrims.

Palavras-chave: Mediação Policial. Conciliação. Núcleo Especial Criminal. Sistemas sociais. Niklas Luhmann.

¹Professor universitário e pesquisador; Instrutor de Direito Penal, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa na Academia Integrada de Defesa Social de Pernambuco; Comissário Especial de Polícia Civil do Estado de Pernambuco; Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito Penal e Processual Penal; Especialista em Inteligência de Segurança Pública; Vice-coordenador do Programa Institucional da UFPE, VIRTUS - Defesa Social, Segurança Pública e Direitos Humanos; Membro colaborador da Comissão Especial de Segurança Pública da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco.

Abstract

The imperative nature, the hierarchy, and the centrality of the magistrate in the legal decision have been reduced not only with the Special Courts, with alternative sentences and criminal transaction, but also with the incentives to conciliation, mediation, and arbitration, as is even stated in the Code of Civil Procedure in force in Brazil. Although the theme is not new, this research has the differential of analyzing the realization of conciliations within the police through Special Criminal Nuclei (NECrims), such as those that exist, for example, in the State of São Paulo since 2010. To research advantages and obstacles to the implementation of NECrims, as well as their regulation in the Brazilian legal system, we will apply Niklas Luhmann's systems theory, from which we will explore elements of the political and legal systems, with the perspective of, in the end, opposing the alternative of restorative justice through the implementation of NECrims to the inefficient model of punitive criminal justice adopted in Brazil.

Keywords: Police Mediation. Conciliation. Special Criminal Nucleus. Social Systems. Niklas Luhmann.

1. Primeiras palavras

A pena de prisão como política retributiva faz parte de um modelo de justiça criminal baseado em vingança, cujos ideais de reação ao delito se apresentam de forma binária: prisão/medida de segurança. Para compensar o “mal” causado com um outro “mal”, adotou-se o cerceamento de liberdade (Leal e Piedade Jr., 2001). Ocorre que esse modelo tem sua eficácia questionada desde a origem, quando da substituição dos suplícios corporais explícitos por restrição de liberdade (Anitua, 2017). Neste sentido, Foucault (2014) chama atenção para o fato de que a abolição dos castigos físicos não passou de uma falácia, tendo em vista que, na prática, as violações à integridade física dos condenados apenas deixaram de ser praticadas em formato de espetáculos em praça pública e foram transferidas para dentro dos muros das prisões, potencializando a pena:

Porém, castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física. Consequências não tencionadas, mas inevitáveis da própria prisão? Na realidade, a prisão nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. (p. 20-21)

A ineficiência em responsabilizar, exclusivamente, o infrator por suas ações falha em pelo menos dois sentidos: não traz contentamento à vítima, tampouco promove a ressocialização do transgressor. Se por um lado, a vítima não vivencia um processo restaurador, ou seja, não lhe é promovido o sentimento de justiça, no máximo o de vingança, pois o modelo punitivista retributivo envolve apenas o Estado e o agressor na solução do conflito, deixando um vácuo lógico na vítima. Por outro lado, o agressor, muitas vezes, não compreende o sentido da pena sofrida, tendo em vista que as sanções produzidas por esse modelo agem apenas como reação do Estado ao desrespeito a uma norma por ele criada e imposta, desconsiderando o a gênese do conflito intersubjetivo, conforme explica Zapparoli (2013):

Ao não se atingir o cerne do conflito intersubjetivo, mas apenas dirimirem-se pontualmente as disputas ou lides, não haverá modificação na maneira de os envolvidos comunicarem-se e relacionarem-se e, portanto, havendo novas situações conflitivas, sem que haja a possibilidade de um tratamento funcional pelos próprios envolvidos, é quase certo que as respectivas disputas chegarão ao Judiciário de maneira imprevisível e incontrolável, muitas vezes já intensificadas a situações de violências e crimes. (p. 183)

O resultado mais comum é o excesso na punição de uma determinada classe social, com a intensificação das penas aplicadas à delinquência comum, fruto da expansão do Direito Penal, que, embora demonstre uma tendência de tipificação de novas condutas, finda por concentrar esforços no agravamento das sanções (Díez Ripollés, 2015), tonificando o processo de exclusão e perseguição de determinada parcela da população que é despossuída, vive à margem da sociedade, e termina se envolvendo com a criminalidade de rua.

Assim, o que se percebe no atual sistema acusatório é a inadequação às demandas contemporâneas de repreensão às ações transgressoras das normas vigentes, em face a desproporcionalidade na operacionalização da justiça, à medida que, ao tratar de crimes graves demonstra ineficácia e impunidade, enquanto nos crimes mais leves, excede rigor. Essa ineficiência tem levado à decadência um sistema que rotula e exclui os infratores dentro de um processo ritualizado de estigmatização que segrega a sociedade, tolhe oportunidades e dá origem a uma subcultura da delinquência (Becker, 2008).

Neste diapasão, Gomes (2001) explica:

Particularmente no que diz respeito à pequena e média criminalidade, a reação (punitiva) estatal que tenha por base só a pena de prisão ou a pena de multa retributiva,

ou ambas cumulativamente, espelha um conceito clássico ou neoclássico de retribuição (paleorrepressivo) porque alberga, quase que exclusivamente, os interesses da pretensão estatal de punir, de castigar. (*in* Leal e Piedade, p. 193)

Com essa ideia, corrobora o professor Lopes Jr. (2012): “a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram violência”. (p.82)

No Brasil, a dosimetria da pena é realizada de maneira trifásica obedecendo a sequência estabelecida no artigo 68 do Código Penal Brasileiro: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Ao analisar o *caput* do artigo 59, percebe-se que legisladores optaram por um modelo retributivo não puro – retribuição e prevenção –, ou seja, consideraram outros fatores para a fixação da pena-base além da proporcionalidade entre o mal provocado (crime) e o mal recebido (pena):

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime... (Brasil, 1940).

No entanto, em contraponto a esse modelo clássico de Justiça Penal Retributiva, Roxin (1992) apresenta o que ele chamou de *terceira via*, um modelo de justiça baseado na ideia de reparação do dano em favor da vítima. Mecanismo alternativo cujo princípio é a chamada Justiça Restaurativa. Conceito descrito por Gomes (2001) como uma “justiça penal *reparatória* (ou restitutória – *restitution* ou ainda *Restaurative Justice*) significa uma nova forma de se conceber a reação ao delito, é dizer, de se resolver o conflito penal”. (*in* Leal e Piedade Jr., p. 185)

Elucida Roxin (1992):

Superando a rotina de mero castigo, deve-se empregar a intervenção estatal para uma ajuda efetiva individual e social. Trata-se da ideia de reparação, que pode contribuir muitíssimo para o cumprimento da pena, daí sua importância político criminal; ela está a serviço do restabelecimento da paz jurídica (pois tanto a vítima como a sociedade, em virtude da reparação do dano social provocado, sentem realizadas suas expectativas de reparação, de ser desculpada etc.), bem como de uma “eficaz ressocialização” (na

medida em que obriga o infrator a suportar as consequências do seu ato, assim como a perceber e considerar os interesses da vítima, o que é impossível por meio da simples pena-castigo, além de fomentar o reconhecimento e o respeito da norma e do direito, sem contar que pode ainda produzir uma “reconciliação” entre o autor e a vítima e com isso facilitar a reinserção social). (p. 28)

Embora os ideais da Justiça Restaurativa, de acordo com Sica (2007):

tenham origens nas reivindicações dos movimentos pró-vítimas, no seu atual estágio não permite a sobreposição dos interesses e direitos da vítima aos do ofensor, nem deve instrumentalizar-se como meio de canalizar sentimentos de vingança ou retaliação. Muito pelo contrário, a contenção desses sentimentos e a neutralização do caráter retributivo da reação penal é um pressuposto básico da justiça restaurativa. (p.15)

Portanto, mesmo tendo consciência de que “a Justiça Restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários” (Saliba, 2009, p. 146), na sociedade contemporânea, consideramos que o movimento de Justiça Restaurativa surge em oposição à Política Criminal de Lei e Ordem (*Law and Order*) desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos a partir da década de 1970, na qual a premissa é a máxima repressão e os objetivos são “a pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas” (Nogueira Neto, 2005, p. 33), separando a sociedade em dois grupos: o primeiro, formado pelos chamados *homens bons*, portanto, merecedores de todo amparo estatal e proteção legal e, o segundo, composto pelos *homens maus*, criminosos, cujos direitos humanos e fundamentais não devem ser protegidos e sob os quais o Estado deve fazer valer toda severidade e dureza da norma penal. Essa ideologia fomenta a expansão do Direito Penal, que adquire *status* de *salvador* e único capaz de solucionar os conflitos da sociedade protegendo os *homens bons* de todos os males, mitigando o Princípio da Intervenção Mínima.

Diante desse cenário, surge a Justiça Restaurativa com o entendimento de que o delito não é meramente um conflito entre o ofensor e o Estado, como é interpretado no modelo clássico, mas um conflito entre o ofensor, a vítima e a comunidade envolvida, afastando o monopólio do estatal na resolução dos conflitos, e privilegiando a criatividade e a sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas, conforme descreve Zehr (2012):

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e

trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível. (p.49)

Inspirado em Roxin (1992), cuja compreensão é que o delito é um conflito social e assim demanda uma solução social ou, uma “alternativa social construtiva” – como ele define – que seja capaz de satisfazer, ao mesmo tempo, as aspirações da vítima do infrator, da comunidade e do Estado, Gomes (2001) desenvolve o seguinte raciocínio:

Dentre tantas características que devem marcar o “novo” modelo de Justiça criminal (a concepção de delito como um fato histórico, interpessoal, comunitário e social, a transformação da vítima em sujeito de direitos, o fim da despersonalização do conflito, a ponderação das várias expectativas geradas pelo crime etc.), duas são reivindicadas pela Vitimologia: que esse “novo” modelo seja *comunicativo* e *resolutivo*. Que permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos etc.; de outro lado, que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto. Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*) (in Leal e Piedade Jr., p. 189).

No que diz respeito a política criminal nacional, podemos considerar que a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, é um marco no ordenamento jurídico pátrio, pois introduz neste medidas despenalizadoras, com resolução de conflitos de maneira consensual e assim oficializa a adoção da Justiça Restaurativa no Brasil:

A Lei 9.099/95, sob o influxo das reivindicações da Criminologia e particularmente da Vitimologia, veio promover uma mudança radical na clássica postura reativa fundada primordialmente na pena-castigo. Seu artigo 2º, com efeito, fala em “conciliação” e “transação”. No artigo 62, de outro lado, estabeleceu os objetivos centrais do processo perante o Juizado Especial: “reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade”. Com isso se decretou o fim da concepção “paleorrepressiva”, ao menos no que concerne as infrações de menor potencial ofensivo. O sistema consensual já não tem a preocupação exclusiva de atender a pretensão punitiva do Estado (somente castigar). (Gomes in Leal e Piedade Jr., 2001, p. 202)

Esclarecendo que, de acordo com o artigo 61 da referida Lei, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os

crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (Brasil, 1995).

Assim, a Lei 9.099/95 prevê a criação dos JECrims, órgãos do Poder Judiciário brasileiro no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados, cuja principal competência é promover a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como traz no bojo de seu texto, outros elementos característicos da Justiça Restaurativa, tais quais: a **composição civil dos danos** – proposta de reparação do prejuízo causado pela infração, realizada à vítima pelo suposto ofensor, que, se aceita por esta e homologada pelo juiz, implicará na renúncia da ação penal (pública condicionada à representação e privada) e extinguirá a punibilidade do crime –; a **transação penal**, que é um acordo proposto pelo Ministério Público ao ofensor – antes do início da ação penal e após a tentativa de composição civil dos danos – no qual este aceita cumprir medidas em fase pré-processual, ou seja, sem ter havido condenação, visando a extinção da punibilidade e o arquivamento do processo sem análise de mérito; e a **suspensão condicional do processo**, também conhecida como *sursis* processual, é uma medida que tem como objetivo anular um processo criminal referente a um crime cuja pena não ultrapasse um ano e, assim como a transação penal, também tem caráter de despenalização, mantendo o acusado sem registros criminais.

Alguns desses artifícios podem ocorrer na fase pré-processual outros na processual, da persecução penal, porém sempre envolvem apenas o Poder Judiciário e o Ministério Público. No que diz respeito à aplicação de métodos restaurativos no âmbito policial, a ausência de previsão legal que regule a possibilidade de a autoridade policial exercer o papel de conciliador ou mediador de conflitos, tem gerado divergências doutrinárias a respeito de sua viabilidade e, sobretudo, legalidade, tendo em vista que, o *parágrafo único* do artigo 73 da Lei 9.099/95 exclui expressamente os delegados de polícia do rol de possíveis conciliadores: “os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal”.

Neste sentido, Menezes (2020), relata o *bis in idem* gerado pelos crimes de menor potencial ofensivo no Brasil à medida que provocam uma dupla demanda do Estado durante a persecução penal:

Sabemos que há um grande número de ocorrências policiais que caracterizam crimes de menor potencial ofensivo, com a aplicabilidade da Lei n. 9.099/95, crimes esses que dependem de queixa ou representação da vítima. O crime de ameaça, por exemplo, por experiência pessoal na validação de ocorrências policiais, são os mais informados para

registro, assim como os crimes contra a honra: difamação, injúria e calúnia. Muitas vezes, esses crimes ocorrem em virtude de situações banais, em que as partes não chegam a um acordo, sequer mantêm uma conversa para análise da situação. São motivados por problemas de vizinhança, embriaguez, uso abusivo de drogas, sentimentos negativos para com o outro, dentre outros, e essas pessoas imediatamente procuram a delegacia de polícia para efetuarem seus registros, o que desencadeia uma demanda muito grande de procedimentos de termos circunstanciados, que por sua vez são encaminhados à justiça, ocasionando a mesma demanda. (p.2-3)

A insegurança jurídica em torno da temática mitiga princípios de direitos humanos como dignidade e liberdade, tendo em vista que um programa de Justiça Restaurativa aplicado em sede policial tem função de garantir direitos fundamentais através da prevenção da violência e da criminalidade.

Portanto, é relevante mencionar que a possível mediação ou conciliação realizada pela autoridade policial não elimina qualquer procedimento legal ao qual a polícia esteja sujeita e mais, é condição *sine qua non* que sejam respeitados princípios como voluntariedade, dignidade humana, boa-fé, poder de decisão das partes, imparcialidade e neutralidade do mediador, capacitação do mediador, confidencialidade e gratuidade, dentre outros (Melo, 2008).

Como exemplo de aplicação de métodos de Justiça Restaurativa em delegacias de polícia, podemos citar o trabalho realizado pelos Núcleos Especiais Criminais (NECrims) no Estado de São Paulo, que correspondem, de acordo com o manual sobre a conciliação utilizado no treinamento dos Delegados dirigentes dos NECrims, “a uma postura conciliadora, dentro das Delegacias de Polícia, realizada no momento da feitura do Termo Circunstancial de Ocorrência (TCO), por Delegados de Polícia treinados para mediar relações conflituosas, na presença de um membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)” (Lima Filho e Quaresma, 2016, p.03).

Ainda conforme o documento,

produz-se um Termo de Composição Preliminar em caso de acordos entre as partes, esse é encaminhado junto com o TCO para varas dos JECRIM e, após análise por parte do membro do Ministério Público (MP), é homologado pelo juiz adquirindo, assim, legalidade e um título executivo judicial (*Op. Cit.*).

No entanto, se não houver acordo em sede policial, segue-se o procedimento padrão, ou seja, o TCO é encaminhado para o juiz competente e o processo segue seu rito normalmente.

2. Conciliação no Brasil e a experiência de São Paulo

No Brasil, segundo os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)², 25% de todas as novas ações criminais que ingressam na justiça são iniciadas através dos JECrims³. Um percentual expressivo que mostra a importância desses juizados como canal de acesso à justiça, onde os cidadãos podem pleitear soluções para suas lides de maneira mais rápida, partindo da premissa que são regidos, conforme o artigo 62 da Lei 9.099/95, pelos princípios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”.

No que diz respeito à estrutura do Judiciário brasileiro, ainda conforme relatório produzido pelo CNJ (2020), em 2019, o 1º grau do Poder Judiciário possui 14.792 unidades, destas, 9,7% são juizados especiais, o que representa um total de 1435 unidades. Com relação aos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), a Justiça Estadual contabilizou 1.284 unidades, que foram responsáveis pela homologação de 3,9 milhões de sentenças, ou seja, 12,5% dos processos judiciais foram solucionados via conciliação.

Afastando-se da esfera jurisdicional e adentrando no âmbito policial, quando se trata de conciliação, no Brasil, o primeiro Núcleo Especial Criminal (NECrim) da Polícia Civil foi criado em São Paulo, na cidade de Lins, região de Bauru, em 11 de março de 2010, somente 15 anos após a promulgação da Lei 9.099/95. Atualmente, existem 50 unidades em funcionamento no Estado: uma na Capital, cinco na Grande São Paulo e 44 no Interior. De acordo com os dados apresentados pela PCSP (2019), entre 2010 e 2018, os NECrims promoveram 126.027 audiências, sendo realizadas 111.072 conciliações, o que representa um aproveitamento de 88%. Considerando apenas o ano de 2017, foram realizadas 18.750 audiências, com 16.323 conciliações rendendo um coeficiente de rendimento de 87%. Já em 2018, foram realizadas 18.977 audiências e 15.895 conciliações, ou seja, 84% de aproveitamento. Tais números se mostram consoantes aos resultados alcançados por unidades de mediação policial em outros países, como é o caso de Vila-Real, na Espanha, que segundo informações disponibilizadas pela Ajuntament de Vila-Real (2016):

² Estatísticas fornecidas pela Agência de Notícias (CNJ, 2016).

³ “Criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, os juizados especiais têm competência para a conciliação, o processamento, o julgamento e a execução das causas cíveis de menor complexidade (causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, por exemplo) e das infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes para os quais a lei defina pena máxima não superior a dois anos. As turmas recursais, por sua vez, integradas por juízes em exercício no primeiro grau, são encarregadas de julgar recursos apresentados contra decisões dos juizados especiais” (CNJ, 2019).

La Unidad de Mediación Policial recibió en 2019 más de 300 solicitudes para la resolución de conflictos de convivencia a través de esta metodología de la que es pionera la Policía Local de Vila-real, alcanzando cerca de un 80% de resolución positiva.

Ao analisar a realidade da polícia judiciária, Barbosa (2020), chama atenção para o número de TCOs lavrados pelas autoridades policiais nas delegacias. Segundo o autor, é no mínimo 25% superior ao número de inquéritos policiais instaurados. O que pode explicar o volume relevante de audiências realizadas nos NECrims de São Paulo. Nesse contexto, podemos dizer que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para tratar dos crimes de menor potencial ofensivo demanda uma alocação de mão-de-obra policial consistente para lidar com infrações consideradas mais brandas, além de sobrecarregar o Judiciário com ações de baixa complexidade.

Assim, para a PCSP (2018), os NECrims surgem com o objetivo de “incentivar a cultura de pacificação, do entendimento, por meio da conciliação entre as partes. Visando ainda desafogar os trabalhos do Poder Judiciário, Ministério Público e da Polícia Civil, que poderá se concentrar na investigação de crimes mais graves”.

A experiência exitosa de São Paulo tem repercutido nacionalmente e os ideais de Justiça Restaurativa no âmbito policial têm ganhado força, provocando a discussão sobre o modelo paulista em vários Estados como Ceará, Bahia, Pernambuco e o Distrito Federal, como explica Barbosa (2020):

A mediação policial, como derivação de filosofia comunitária de policiamento e de práticas restaurativas de administração de conflitos, vem ganhando espaço nas agendas políticas de instituições policiais e impulsionando iniciativas como a da Polícia Civil do Distrito Federal – PCDF (...) o projeto dos Núcleos Especiais Criminais – NECrims da Polícia Civil de São Paulo como modelo base para criação do Centro de Polícia Restaurativa da PCDF. (p. 230 - 231)

Porém, o debate não tem evoluído para a práxis e mesmo diante dos números positivos expostos pelos NECrims de São Paulo, bem como as experiências aparentemente bem sucedidas relatadas por organizações policiais de outros países, tanto europeus quanto latino-americanos, como é o caso da polícia de Vila-Real na Espanha e da Polícia Nacional da Colômbia⁴, não há perspectiva de uma institucionalização de núcleos de conciliação em sede

⁴ Centros de Conciliação e Mediação da Polícia Nacional da Colômbia. Disponível em: <https://www.policia.gov.co/centros-conciliacion>.

policial no Brasil, embora existam alguns Projetos de Lei que propõem alteração na Lei 9.099/95, de maneira que esta preveja a possibilidade de realização de conciliações e mediações de conflitos por autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária.

3. NECrims: instrumentos de promoção de direitos humanos

Ao considerarmos a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a adoção de programas de justiça restaurativa em processos penais, tais como mediação e conciliação, inclusive como medidas de redução de prisões preventivas, somos provocados a reflexão sobre as barreiras políticas e jurídicas para a implementação de Núcleos de Conciliação Policial em todo território nacional.

No aspecto jurídico, a partir da redemocratização do Brasil na década de 1980, podemos identificar alguns avanços no que tange ao respeito à dignidade humana, com a positivação de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, como por exemplo a vedação da prisão em flagrante em crimes de menor potencial ofensivo incluída na Lei 9.099/95 pela Lei 10.455/02 e a implementação das audiências de custódia que ocorreu a partir de 2015, mas que já estavam previstas há muito tempo em pactos e tratados internacionais de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para CNJ (2015), nas audiências de custódias os magistrados devem analisar as prisões “sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares”, bem como tentar identificar a “eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades”

Essas medidas se apresentam como esforços no sentido de garantir a proteção do direito à liberdade e frear o crescimento da população carcerária do Brasil, porém, ainda se mostram insuficiente, tendo em vista que, de acordo com o *software* de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro Infopen (2019), a população carcerária do Brasil era terceira maior do mundo, com 773.151 pessoas em restrição de liberdade, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, e, 34% desse montante compunha-se por presos provisórios, ou seja, sem condenação transitada em julgado.

Neste contexto, o Poder Judiciário tem buscado soluções para melhorar o cenário brasileiro e despendido esforços, promovendo ações de incentivo à autocomposição de litígios

e à pacificação social. Assim, o Conselho implantou o Movimento pela Conciliação⁵, com a intenção de “alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos”, e editou a Resolução nº 125, que dispõe sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário, apresentando nos seus artigos 4º e 5º o seguinte texto:

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino. (CNJ, 2010)

Outrossim, entendemos que, também no âmbito policial, deve-se buscar alternativas definitivas por meio das conciliações, tendo em vista a posição dessas organizações na arquitetura da persecução penal no Brasil, conforme ressalta Nucci (2016): “Os órgãos estatais, primeiros e principais, a agir em nome do Estado para executar sua política criminal de segurança pública são as polícias, particularmente, a civil e a militar, nos termos do art. 144 da Constituição Federal” (p. 73). Consequentemente, principais responsáveis pela efetiva garantia de direitos humanos, de acordo com as palavras de Balestreri (1998):

O policial, pela natural autoridade moral que porta, tem o potencial de ser o mais marcante promotor dos Direitos Humanos, revertendo o quadro de descrédito social e qualificando-se como um personagem central da democracia. As organizações não-governamentais que ainda não descobriram a força e a importância do policial como agente de transformação, devem abrir-se, urgentemente, a isso, sob pena de, aferradas a velhos paradigmas, perderem o concurso da ação impactante desse ator social. (p.13)

Destarte, a ideia é que, com base nos princípios de polícia comunitária e mecanismos de Justiça Restaurativa, aplique-se nacionalmente, no âmbito policial, ferramentas garantistas alternativamente ao modelo clássico punitivista de justiça penal, como o exemplo das conciliações promovidas nos NECrims de São Paulo.

⁵Movimento pela Conciliação do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>.

4. Conciliação policial: mecanismo de um sistema de comunicação

Para identificarmos alternativas ao modelo de justiça penal clássico, partimos da premissa que a sociedade é um sistema social, mais especificamente, admitimos os princípios da teoria da sociedade como sistema de comunicação. Nesta teoria, elementos como política e direito são considerados sistemas sociais. Assim, nossas análises se basearam na proposição de Luhmann (2006) quando diz que: “Las siguientes investigaciones se ocuparán del sistema social llamado sociedad moderna”. (p. 5)

Luhmann, diferentemente de outros autores, como Durkheim, Hobbes, Locke, Rousseau, Weber, Rawls e Marx, ao criar sua Teoria da Sociedade, não adota como epicentro teórico o ser humano concreto, mas a comunicação (Silva, 2016). Portanto, de acordo com o pensamento luhmanniano, “a sociedade se compõe unicamente de comunicação” (Luhmann *apud* Silva, 2016, p. 51), sendo a sociedade “o sistema de comunicação que abarca todos os sistemas sociais, todas as comunicações sociais possíveis” (Luhmann, 2006, p. 55) e a comunicação, por sua vez, um elemento social, circular reflexivo, policontextual, ou seja, relacional e não uma unidade em si mesma (Luhmann, 2006).

Desta forma, obtemos o corolário de que “a sociedade não é formada pelos indivíduos, mas pela comunicação deles. O homem não detém a linguagem como ferramenta de comunicação, ela é que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento. Ele é sua ferramenta” (Trindade, 2008, p. 35).

Na sociedade, por sua vez, de acordo com a Teoria da Sociedade de Luhmann, formaram-se sistemas como o Direito, a Arte, a Economia, a Política e a Religião, conforme explica Silva (2016): “no interior do sistema da sociedade, meios de comunicação se tornaram, evolutivamente, hipercomplexos ao ponto de assumirem Forma de sistema” (p. 103).

Tais sistemas, são descritos por Luhmann como autopoieticos, ou seja, fechados operativamente e abertos comunicativamente, os quais são capazes de observar e aprender através da observação dos outros sistemas, pois

no plano das operações próprias de um sistema social não há qualquer contato com o seu entorno, bem como aqueles sistemas situados no entorno não intervêm nos processos autopoieticos do próprio sistema; ou seja, na sua operação interna, afinal, o sistema é fechado operacionalmente. Como afirma Luhmann, esse fechamento implica a observação do sistema sobre seu entorno se realizar como atividade interna, no próprio sistema, com a ajuda de distinções próprias, para as quais não existe no entorno

nenhuma correspondência. Contudo, toda observação do entorno pressupõe a distinção que se pode realizar exclusivamente no próprio sistema, ou seja, pressupõe a distinção entre autorreferência e heterorreferência. É, pois, devido ao fechamento operacional que o sistema é determinado por sua auto-organização, por seus próprios elementos. (Silva, 2016, p. 101-102)

Na mesma lógica, lemos:

Os mecanismos evolutivos independentes uns dos outros no interior de sistemas jurídicos, autopoéticos do direito, da economia e da política, da educação e da ciência, se influenciam mutuamente e obrigam as diferentes instituições envolvidas num regime de produção a assegurar só um caminho de evolução idiossincrática (Arnaud e Lopes Jr., 2004, p. 121).

Neste ínterim, é importante ressaltar que a *autopoiesis* dos sistemas não significa isolamento, ao contrário, os sistemas precisam uns dos outros para existirem, o que ocorre é que a comunicação é processada internamente no sistema com base em sua própria referência,

ser estruturalmente fechado não se confunde com ser isolado, mas sim que as influências (irritações) provenientes do entorno do sistema de comunicação selecionado (meio ambiente e dos outros sistemas) são processadas segundo significações internas do sistema de comunicação selecionado (Silva, 2016, p. 93-94).

Destarte, os sistemas da sociedade se diferenciam uns dos outros exatamente por suas unidades internas de comunicação, que são próprias, invariáveis e binárias. Por exemplo: para arte – belo/feio –; para o Direito – lícito/ilícito –; para Economia – ter/não ter propriedade e; para Política – governo/oposição.

Portanto, “ao conversar sobre se algo é lícito ou ilícito, pomos em operação o sistema do direito, único sistema que observa os elementos jurídicos a serem selecionados para se qualificar algo como lícito ou ilícito” (Silva, 2016, p. 107). Embora, conforme relata Luhmann (2016), existam teóricos que rejeitam a distinção entre o sistema jurídico e político, tendo em vista a relação próxima entre os dois. Na teoria dos sistemas essa relação é autopoietica, afinal

uma teoria do sistema do direito autopoietico, que é um sistema operativamente fechado, pressupõe esse sistema como capaz de esboçar uma distinção entre si mesmo e os outros sistemas em funcionamento na sociedade. Portanto, se houver qualquer observador externo do sistema que queira observá-lo e descrevê-lo apropriadamente,

ele acabará por deparar com essa disposição, produzida no próprio sistema. Por mais que, de modo muito geral, tal conceito possa parecer plausível, ele apresenta dificuldades quanto à relação entre política e direito. Por uma longa tradição, que remonta ao início dos tempos modernos, somos motivados a ver apenas um sistema político-jurídico unificado, o que é evocado em ampla medida pelo conceito de Estado, que é a um só tempo jurídico e político (Luhmann, 2016, p. 545-546).

Dentre outros tópicos que envolvem o sistema Direito, Luhmann tratou da relação entre direito e política e do lugar dos tribunais no sistema jurídico (Luhmann, 2005). Temas que, especialmente nos interessam, tendo em vista que faz parte do nosso objetivo tanto identificar as barreiras políticas e jurídicas que impedem a implementação dos NECrims no Brasil, quanto que lugar esses órgãos ocupariam no sistema jurídico brasileiro. Para isso, do geral para o específico, partimos da Teoria Geral dos Sistemas, passando pelas teorias luhmannianas da diferenciação, da evolução e da observação, para tentar responder, sob a perspectiva sistêmica, essas duas questões.

Assim, com base no código binário de referência do sistema jurídico, analisamos a licitude dos NECrims, dos processos e procedimentos neles realizados, frente à proibição de mediação policial expressa na Lei 9.099/95, haja vista que, o “direito não se reduz a um ato, um fato, uma legislação, uma opinião, uma decisão judicial, uma jurisprudência, o que são elementos do sistema, mas não o próprio sistema” (Silva, 2016, p. 108).

E, por fim, tratamos especificamente do conceito de conciliação e de sua realização no âmbito policial através da mediação, como alternativa ao modelo punitivista atual, apropriarmos, por analogia, do conceito de decisão jurídica, apresentado por Silva (2020), para quem “decisão jurídica não é o que o julgador quiser. Decisão jurídica é comunicação e, com tal, não tem dono, não tem autoria, não tem criador, ainda que tenha ser humano referenciado” (p. 11), para dizer que a conciliação é, antes de tudo, comunicação, e que o princípio fundamental da autocomposição é exatamente o diálogo. Assim, admitindo a premissa de que “comunicação é a realização simultânea de informar, partilhar e compreender. Tanto quanto informar e partilhar, compreender é uma seleção” (Silva, 2016, p. 52), partimos da ideia de que, assim como a comunicação, o êxito na conciliação é o acolhimento bem-sucedido de seleções.

5. Últimas palavras

A criação de unidades de conciliação ou mediação de conflitos nas polícias civis, como os NECrims, embora tenha legitimidade nos princípios dos direitos humanos, e esteja consoante com a diretriz política de constituição de novos espaços alternativos de resolução de

conflitos, conforme prevê política de diversificação e ampliação das formas de acesso à justiça prevista no Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH – 3, aprovado pelo Decreto no 7.037/2009 e na Resolução no 125/2010 do Conselho Nacional de justiça e a Teoria Reflexiva da Decisão Jurídica, conforme ensina Silva (2020), auxilie na compreensão dos movimentos do direito na construção de sentido para situações sociais não previstas em legislação, o que se encaixa perfeitamente à conciliação em sede policial, tendo em vista que se trata de decisão judiciária, pois é tomada pela autoridade policial e não pelo Judiciário, que seria uma decisão judicial, a ausência de regulação nacional da mediação policial exige dos Estados uma ação proativa por meio de Decreto, como foi o caso do Decreto nº 61.974, de 17 de maio de 2016, que cria, no âmbito dos Departamentos de Polícia Judiciária do Estado de São Paulo, os Núcleos Especiais Criminais - NECrims e a Central de Núcleos Especiais Criminais – NECrims, parece pesar negativamente na decisão política de implementação de unidades semelhantes aos NECrims em outros Estados brasileiros.

Assim, mesmo que os espaços conciliatórios em âmbito policial representem uma materialização das orientações internacionais de direitos humanos e, como relatou a Comunicação Social da Polícia Civil de São Paulo, promovam um desassoberbamento do Poder Judiciário, a cessão de competência deste para esfera administrativa parece representar, para o Direito, uma mitigação da *autopoiesis* do sistema judicial penal e, conseqüentemente, perda de poder.

Outro problema surgiu quando a Suprema Corte brasileira decidiu que a interpretação da expressão “autoridade policial”, constante no artigo 69 da Lei 9.099/95, deve ser dada em sentido amplo, de forma a alcançar outros órgãos de segurança pública como Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal. Desta forma, esses órgãos estão autorizados a lavrar TCOs e estes não precisam ser submetidos à Polícia Judiciária, devendo ser encaminhados diretamente aos JECrims, com a indicação do autor do fato, da vítima e providenciando as requisições dos exames periciais, caso sejam necessários, sob a égide dos princípios da efetividade, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Não obstante, para órgãos estaduais oficiais como a Ordem dos Advogados do Brasil, seção Pernambuco, seja inconstitucional a lavratura de TCO pela Polícia Militar, tendo em vista o entendimento de que essa é uma atribuição da Polícia Judiciária, tanto o CNJ quanto o Tribunais de Justiça Estaduais como o TJ-PE decidiram pela confirmação da competência da Polícia Militar para a lavratura do TCO, que, no caso de Pernambuco, através da Resolução nº 432 de 2020, autorizou os magistrados de 1º grau a recepcionarem TCOs lavrados por Policiais

Militares, Rodoviários Federais e Ferroviários Federais, colocando Pernambuco, segundo a Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais, no rol dos 12 estados brasileiros nos quais os policiais militares lavram TCOs e os encaminham diretamente para a Justiça. Assim, a decisão jurídica de adotar um modelo descentralizado de lavratura de TCOs pelas polícias indica que o pensamento político-jurídico nacional não coaduna com os ideais de mediação ou conciliação no âmbito policial, aparentemente apontando para o sentido oposto.

Por fim, a finalidade dessa pesquisa é contribuir com a discussão de modelos alternativos ao modelo clássico de justiça penal e fortalecer o trabalho de justiça restaurativa que já tem sido desenvolvido através de capacitações, formações e rodas de diálogos com profissionais do Poder Judiciário e das polícias, sob a égide da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann.

O trabalho se mostrou relevante em pelo menos dois aspectos: primeiro no sentido acadêmico, pelo caráter original na abordagem do problema sob a ótica da Teoria da Sociedade luhmanniana; segundo, no sentido jurídico-social, tendo em vista que trouxe à liça a discussão de alternativas à resolução de conflitos frente à ineficácia do atual modelo de justiça penal, evidenciada pelo círculo vicioso da subcultura da delinquência e prisão, no qual o processo indenitário estabelecido entre o cidadão e a vítima de violência, mediante a possibilidade real de se tornar a próxima vítima, tem feito com que a sociedade chancele a expansão penal através da ampliação e enrijecimento de normas e crie rótulos que fomentam a exclusão social.

REFERÊNCIAS

- Ajuntament de Vila-Real (2016) *La Unidad de Mediación Policial recibe más de 300 solicitudes en 2019 con cerca de un 80% de resolución positiva*. Disponível em: https://www.vila-real.es/portal/p_20_contenedor1.jsp?seccion=s_fnot_d4_v1.jsp&contenido=55283&tipo=8&nivel=1400&layout=p_20_contenedor1.jsp&codResi=1&language=es&fbclid=IwAR0yvIYWcwFo7fnGqklo52Uk3zPz7JgtKmjPI2jR8xjPSud0j4TP9wm3bEE.
- Anitua, G. I. (2017) *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan.
- Arnaud, A. J., Lopes Jr., Dalmir. (Orgs.) (2004). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Barbosa, E. S. (2020) Mediação policial: da produção de culpadas à produção de consenso nas delegacias de polícia. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*. Brasília. 11 (1), 227-271.
- Balestrieri, R. B. (1998) *Direitos Humanos: Coisa de Polícia*. Rio Grande do Sul: Paster Editora.
- Becker, H. S. (2008) *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luísa X. de Borges; revisão técnica de Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- Brasil (1940) *Decreto-lei nº 2.848 (Código Penal)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11/07/2020.
- Brasil (1995) *Lei nº 9.099: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.
- CNJ (2010) Resolução nº 125. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf.
- CNJ (2015) *Audiências de Custódia*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia>.
- CNJ (2016) *Justiça em números*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento/>.
- CNJ (2019) *Justiça em números*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.
- CNJ (2020) *Justiça em números*. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/08/CNJ_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf.

- Díez Ripollés, J. L. (2015) *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Infopen (2019) *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>.
- Foucault, M. (2014) *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: vozes.
- Leal, C. B., Piedade Jr., Heitor (Org.) (2001) *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Lima Filho, E. N., Quaresma, G. P. (2021) Conciliação pré-processual nas infrações de menor potencial ofensivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/1347>.
- Lopes Jr., A. (2012) *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva.
- Luhmann, N. (2005) *El derecho de la sociedad*. Universidade Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México: Herder.
- Luhmann, N. (2006) *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate, bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla. Universidade Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México: Herder.
- Luhmann, N. (2016) *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes.
- Melo, A. A. S. A (2008) *Construção de uma polícia democrática no Brasil: Reflexões e Desafios*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano VIII, (48).
- Menezes, A. T. (2020) *A justiça restaurativa e a polícia judiciária*. Disponível em: <http://www.adpeb.com.br/v18/wp/wp-content/uploads/2020/03/A-JUSTIÇA-RESTAURATIVA-E-A-POLÍCIA-JUDICIÁRIA.pdf>.
- Nogueira Neto, J. B. (2005) *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Paraná: UFPR.
- Nucci, G. de S. (2016) *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Forense.

PCSP (2018) *Necrim realiza mais de 106 mil audiências*. Disponível em: https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticiasDetalhes?contentId=UCM_037774&collectionId=358412565221025582&rascunhoNoticia=0&_afLoop=1824424783777414&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221025582%26_afLoop%3D1824424783777414%26contentId%3DUCM_037774%26rascunhoNoticia%3D0%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3DIhj2o3r4_29

PCSP (2019) *NECRIM da Polícia Civil completa 9 anos com mais de 111 mil conciliações*. Disponível em: https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticiasDetalhes?collectionId=358412565221033245&contentId=UCM_044536&rascunhoNoticia=0&_adf.ctrl-state=1dk7xgcpk5_4&_afLoop=2316435421421324&_afWindowMode=0&_afWindowId=1dk7xgcpk5_181#!

Roxin, C. (1992) *Política criminal y estructura del delito*. Tradução de Bustos Ramírez e Hormazábal. Barcelona: PPU.

Saliba, M. G. (2009) *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Paraná: Juruá Editora.

Sica, L. (2007) *Justiça restaurativa e mediação penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Silva, A. S. da. (2016) *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes.

Silva, A. S. da. (2020) O sistema jurídico aprende. A comunicativação aplicada ao princípio da insignificância no direito. *Revista Direito Mackenzie*. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/14231/10848>.

Trindade, A. F. dos R. (2008) *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Zapparoli, C. R. (2013) Mediação de conflitos de gênero e família, em contextos de violências e crime processados pelas leis nº 11.340/2006 e 9.099/95. A experiência desenvolvida no projeto íntegra de 2001 a 2011. In SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da(org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas.

Zehr, H. (2012) *Justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena.