

# AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO UMA ALTERNATIVA À PERSECUÇÃO PENAL: DA RESSIGNIFICAÇÃO DO CASO PENAL A UMA NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *ULTIMA RATIO*

Samia Saad Gallotti Bonavides<sup>1</sup>

Mário Edson Passerino Fischer da Silva<sup>2</sup>

Resumo: O trabalho aborda possibilidades que o ordenamento jurídico brasileiro oferece para que as práticas restaurativas possam atuar como alternativa à persecução penal e, conseqüentemente, à eventual aplicação de pena, iniciando-se por uma opção inovadora e, posteriormente, apresentando-se caminhos compreendidos como ortodoxos pela doutrina majoritária. A hipótese norteadora foi a existência de permissivos normativos e princípios no ordenamento, aptos a possibilitar a alternatividade entre as práticas restaurativas e o processo penal. Pela dedução de suas funcionalidades declaradas, compreendeu-se que o fim último do direito e do processo penal seria promover a harmonização das condutas e expectativas em conformidade com o ordenamento jurídico. Esse fim pode ser atingido pelas práticas restaurativas previamente à persecução penal, quando resultam na construção coletiva, pela vítima, autor da ofensa e pessoas indiretamente afetadas pelo crime, de uma resposta ao caso

---

<sup>1</sup>Bacharela em direito pela Faculdade Estadual do Norte Pioneiro, mestra em direito processual civil pela mesma instituição de ensino superior e doutoranda no programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Coordenadora do Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR.

<sup>2</sup>Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná, mestrando em Direito do Estado pela mesma universidade, assessor jurídico no Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do Ministério Público do Estado do Paraná.

penal que acarrete na responsabilização do ofensor por meio de uma censura pública, na reparação, ainda que simbólica, à vítima, e na harmonização das relações sociais com o direito e os sentimentos, necessidades e expectativas destes envolvidos, tornando juridicamente desnecessária a persecução penal da conduta por falta de justa causa, em respeito ao princípio da *ultima ratio*.

Palavras-Chave: 1. Justiça restaurativa. 2. Processo penal, 3. Justa causa, 4. *Ultima ratio*

Restorative practices as an alternative to criminal prosecution: from the resignification of the criminal case to a necessary concretization of the principle of *ultima ratio*

Abstract: This work approaches the possibilities which Brazilian legal system offers so that the execution of restorative practices may be used as an alternative to criminal prosecution and, consequently, to an eventual punishment, starting with an innovative option and, later, presenting paths comprehended as orthodox ones by the majoritary doctrine. The guiding hypothesis of the research was the existence of norms and principles in the legal order, those able to enable an alternative between restorative practices and criminal proceedings. By deducing its stated functionalities, it was understood that the ultimate purpose of the law and criminal procedure would be to promote the harmonization of conduct and expectations in accordance with the legal system. This aim can be achieved by restorative practices prior to criminal prosecution, when they result in the collective construction by the victim, the perpetrator of the offense and persons indirectly affected by the crime, of a response to the criminal case that entails the accountability of the offender through public censorship, promotes a reparation, albeit symbolic, of damages suffered by the victim, and result in the

harmonization of social relations with the law and the feelings, needs and expectations of those involved, rendering the criminal prosecution of the conduct unjustified, in respect of the principle of ultimate ratio.

Keywords: 1. Restorative justice. 2. Criminal process, 3. Just cause, 4. *Ultima ratio*

Sumário: Introdução; I. Justiça restaurativa, entre o purismo e o maximalismo; II. Sobre a racionalização jurídica dos conflitos atrelados aos casos penais e da proposta restaurativa; III – Ponderações o sobre o escopo último do direito e do processo penal; IV - A ausência de justa causa para o exercício da persecução penal quando o uso de práticas restaurativas tenha resultado na responsabilização do ofensor e na harmonização das relações e condutas dos envolvidos no caso penal com a legalidade; V – Sobre os institutos jurídicos que permitem o uso de práticas restaurativas de acordo com o entendimento majoritário; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO:



Este trabalho é fruto do desenvolvimento de teses para a apresentação no 23º Congresso Nacional do Ministério Público, as quais restaram adaptadas para o formato do presente artigo científico.

O problema abordado diz respeito à identificação das possibilidades que o ordenamento jurídico brasileiro oferece para que as práticas restaurativas possam atuar como alternativa à persecução penal e, conseqüentemente, à eventual aplicação de pena. Trata-se mais de uma reflexão provocativa, do que propriamente uma tentativa de esgotar o tema, o qual é complexo e demandaria, reconhece-se, uma abordagem mais profunda acerca dos fundamentos do processo penal, da

pena e do direito em si. Isso, no entanto, resultaria em uma dissertação ou tese, razão pela qual se optou por priorizar a exposição básica dos raciocínios adotados, do que fazer um aprofundamento minucioso em cada teoria e conceito.

A metodologia adotada foi a hipotético-dedutiva, sendo a hipótese norteadora a existência de permissivos normativos e principiológicos no ordenamento brasileiro, aptos a possibilitar a alternatividade entre as práticas restaurativas e o processo penal, a partir da inserção do imprescindível requisito da “ausência de pacificação social” ao conceito de ‘justa causa’ para a propositura de uma denúncia e da ampliação da incidência do princípio da *ultima ratio* em relação à persecução penal em casos concretos. Em relação a este último aspecto, defende-se que este princípio não seja invocado apenas como um limitador da atividade legislativa penal, mas que seja aplicado também aos agentes do sistema justiça, no que toca à averiguação da real necessidade de persecução criminal, quando outros meios se mostrem capazes de produzir uma resposta pacífica ao caso penal.

O exercício dedutivo consistirá em testar esta hipótese a partir da dedução da função da pena, do direito penal e do processo penal, instrumentalmente conexo a esse.

A primeira premissa é que o sistema penal brasileiro, embora declaradamente se justifique a partir da ideia de promoção da segurança pública e da proteção de bens jurídicos universais, ainda que de forma latente atua, em verdade, para reproduzir as desigualdades e assimetrias sociais, incorrendo na violação de direitos fundamentais, a partir das precárias condições que oferece a sua clientela, e da estigmatização que promove (ANDRADE, 2007, p. 59-60). Nessa linha, Vera Regina Pereira de Andrade, afirma, com base nas reflexões de Foucault, que a prisão, mesmo fracassando em cumprir seu o objetivo declarado de combate à criminalidade, logra êxito ao contribuir para estabelecer uma ilegalidade visível, deixando na sombra as ilegalidades que são toleradas e incitando, a partir de suas condições, a

reprodução da ilegalidade visível mediante a segregação (ANDRADE, 2015, p. 254)

A segunda premissa, é de que as provocações aqui feitas têm com escopo atentar para as possibilidades de intervenção que produzam efeitos imediatos na realidade, de modo tal que, mesmo tomando ciência das assimetrias e injustiças do sistema penal, entende-se que o negacionismo e ideias que visam ao seu abolicionismo são, para o momento, algo utópico, enquanto a necessidade de frear sua violência é providência que se mostra imediata. Por isso que, as construções hermenêuticas e propostas deste trabalho não navegam à margem do sistema que é criticado, mas dentro dele e com o fito de resgatar os ideais de aplicação da lei penal como *ultima ratio*, do tom constitucional relativo à primazia da solução pacífica de controvérsias na ordem interna, da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade solidária, conforme o preâmbulo da Constituição.

A terceira premissa, assenta-se na necessidade da sociedade e do Estado, enquanto gestor desse sistema, encontrarem alternativas e soluções humanitárias juridicamente viáveis para solucionar os efeitos negativos produzidos pelo sistema penal. Como efeitos negativos, leia-se, (i) segregação daqueles que se enquadram em um perfil mais propenso à criminalização e à persecução penal, (ii) estigmatização dos indivíduos submetidos ao processo penal e à pena, (iii) reincidência criminal, (iv) aumento da violência, entre as pessoas submetidas à pena, (v) desconsideração das necessidades e exclusão da vítima do processo decisório envolvendo a censura do autor da ofensa, (v) infantilização e reificação das pessoas submetidas ao processo, que pouco, ou nada participam dele, e são tratadas como instrumentos de extração probatória em uma luta fictícia entre acusação para convencer o juiz da sua verdade dos fatos.

A quarta premissa é que as práticas restaurativas, sem se referir aqui a uma metodologia específica, são ferramentas aptas a promoverem uma melhor sensibilização e compreensão do

conflito atrelado ao caso penal pelos sujeitos, correspondendo a uma alternativa empoderadora, construtiva e pedagógica de resposta ao crime. O controle social e a produção de censura tornam-se mais democráticos quando os próprios cidadãos podem se inserir em um espaço seguro de diálogo fornecido pelas instituições. Dessa maneira, respeitando-se as fronteiras da legalidade, vítima e autor da ofensa poderão optar, voluntariamente, pela via restaurativa e, de forma mediada, atuar como protagonistas na gestão do caso penal, previamente a instauração. A figura estatal, portanto, assumiria o papel de fiscal e promovente dos princípios que regem as práticas restaurativas, utilizando-as como ferramentas que barrem ou, ao menos, minimizem a violência sistêmica, em prol de possibilitar uma ressignificação saudável do crime pelos sujeitos nele envolvidos (vítima, ofensor e pessoas indiretamente afetadas).

Findando esta introdução, reconhecemos que a interlocução entre práticas restaurativas e sistema penal aumenta o risco da cooptação dessas como mais uma ferramenta apta a oprimir (de modo envernizado) a clientela do sistema penal, podendo, a depender do modo como são conduzidas, espelhar as violências que dele provêm. Inegavelmente há um risco que pode ser mais ou menos minimizado, a depender dos princípios e da forma de interação entre um ‘modelo restaurativo de justiça’ e o ‘modelo convencional’. Aqui está a última premissa: entende-se que processo penal e as práticas restaurativas possuem racionalidades diversas, o que demanda, então, uma organização alternativa-complementar entre ambos, pois as práticas não poderão ser inseridas como parte do processo. Assim sendo, defende-se que a interlocução entre práticas e processo deve ocorrer apenas no que toca aos resultados que as práticas produzam na realidade material. Há alternatividade entre elas e o sistema penal convencional como forma de promover a harmonia social, compreendendo-se as práticas como ferramentas mais efetivas, enquanto o sistema penal é um aparato subsidiário violento de resguardo

da coesão social, que deve ser contido e usado apenas quando todas as demais vias de resposta ao crime tiverem sido exauridas.

Para entender melhor esse modelo de complementariedade estrutural e a percepção adotada de práticas restaurativas, a primeira parte do trabalho será destinada a esclarecimentos de ordem conceitual, a segunda, para tratar do fenômeno da racionalização jurídica de conflitos, a terceira, para expor nossa visão acerca do necessário resgate do que se entende como o fim último do processo e do direito penal, a quarta, para tratar da possibilidade jurídica das práticas restaurativas afastarem a necessidade de persecução penal de modo generalizado e a quinta, trará um elenco dos institutos jurídicos que já permitem o uso de práticas restaurativas como alternativas ao processo e à pena.

## I. JUSTIÇA RESTAURATIVA, ENTRE O PURISMO E O MAXIMALISMO.

O entendimento aqui adotado é de que a justiça restaurativa pode ser apresentada como um paradigma (ZEHR, 2008, p.89-90) que redefine, em relação à concepção institucional, a ideia de justiça, de cidadania, de conflito e de crime. Assim, a justiça seria concebida como uma experiência construída de forma dialógica e horizontal, em cada caso concreto, a partir da participação direta das pessoas envolvidas em um conflito, na linha do John Paul Lederach descreve: “a justiça é um conceito relacional, ou seja, é a forma como organizamos nossa interdependência e, portanto, como escolhemos moldar nossa comunidade humana” (DIETRICH, 2013, p. xi)

Em relação à cidadania, a justiça restaurativa pressupõe que o exercício desta depende do empoderamento e do compartilhamento de responsabilidades, para que os sujeitos se percebam como agentes relacionais capazes de promover mudanças

na realidade. O conflito é tido como uma oportunidade de tensionar as convicções e preconceitos e de viabilizar a construção de respostas a partir do diálogo, do respeito mútuo e da responsabilização.

Nesse diapasão são oportunas as colocações de Wolfgang Dietrich, no sentido de que o conflito é um produto natural da interação humana e inerente a qualquer relacionamento, sendo uma força motora para a mudança e não um distúrbio em si, mas sim um elemento atávico à vida social que pode vir a se tornar violento se persistirmos na sua condição desagregadora, o que o tornará disfuncional (DIETRICH, 2013, p. 6-7). Para tato, Dietrich aponta que o trabalho com a paz representa a arte de atuar construtivamente e transformar a energia que dispendemos no conflito em uma força direcionada a um fluxo criativo de soluções que maximizem o bem-estar das pessoas (DIETRICH, 2013, p. 7), como é o enfoque das práticas restaurativas ligadas à vertente que aqui será apresentada.

A justiça restaurativa também é vinculada ao empoderamento e reparação do mal causado às vítimas na área penal, tratando o crime não apenas como uma ofensa à norma jurídica, mas igualmente como um dano causado por uma pessoa a outra, dano este que abala vidas e relacionamentos, de modo que a resposta ao delito, deve primar pela transformação da experiência do crime em um objeto de narrativa, responsabilizando-se o autor da ofensa e buscando restaurar os relacionamentos afetados.

Para os defensores de ‘modelo restaurativo’ atrelado à vertente maximalista, a justiça restaurativa seria concretizada independentemente da interação entre vítima e autor do delito, pois a restauração se confundiria com a reparação do mal causado à vítima, ou à comunidade afetada, através, por exemplo, de uma indenização, do cumprimento de uma obrigação de fazer de outra natureza, de uma retratação pública, etc (BAZEMORE; WALGRAVE 1999A, p. 48) (MCOLD, 1999, p. 14).

O modelo maximalista destina praticamente todo o seu

enfoque à chamada *reparative theory*, que entende a reparação de danos como o aspecto mais relevante de uma prática auto-compositiva e como aquele que a diferencia do modelo convencional de tutela de casos penais (REGGIO, 2010, p. 101,163).

Já o modelo purista, não desconsidera a possibilidade de reparação, tendo-a inclusive como requisito para fins de eventual consequência jurídica das práticas restaurativas. Ele é pautado na participação voluntária tanto do autor da ofensa quanto do ofendido, voluntariedade essa, que se estende ao dever de cumprir determinada reparação que venha a ser acordada entre ambos (MCOLD, 1999, p. 12-13).

Além disso, o purismo pressupõe a interação dialógica entre vítima e ofensor, como pessoas responsáveis pela produção da resposta ao crime, porém, ao contrário da percepção maximalista, este compreende que a restauração é concretizada por meio da interação mediada entre os envolvidos no caso penal, na qual os participantes poderão ressignificar os fatos, desconstruir traumas, medos e receios, o fazendo pelo compartilhamento de narrativas e da expressão de seus sentimentos, necessidades e expectativas em relação ao ocorrido.

Portanto, é comum dizer que, embora o modelo purista não rejeite e inclusive englobe a *reparative theory*, seu enfoque principal está vinculado aos pressupostos da *encounter theory*, que compreende a experiência dialógica e a alteridade como as principais forças motrizes responsáveis por eventual restauração, a qual se concretiza mediante a responsabilização do ofensor, a expressão dos participantes e a compreensão das causas e consequências do crime (GIAMBERARDINO; SILVA, 2017, p. 15).

Na proposta ora adotada, buscar-se-á uma maior aproximação com o ‘modelo purista’, uma vez que se entende que o *maximalismo* propõe, em verdade, uma substituição da lógica penal pela cível, desconsiderando as rupturas que o crime provoca no tecido social e na vida das pessoas, para além de danos

materiais, enquanto o *purismo* efetivamente busca consolidar um novo paradigma de concepção de justiça, trazendo os cidadãos para atuarem diretamente na sua administração, e este empoderamento, a nosso ver, só ocorrerá mediante a observância do princípio da voluntariedade.

O modelo purista que se apregoa será de complementariedade estrutural, pois os órgãos que realizam as práticas restaurativas não se confundiriam com os órgãos que julgam, ou acusam. Há porém o reconhecimento de uma complementariedade funcional no que toca à promoção da harmonização das relações sociais, ainda que as práticas restaurativas busquem fazê-la de modo horizontal, e o sistema de justiça tente concretizá-la vertical e prescritivamente, conforme será descrito adiante.

## II. SOBRE A RACIONALIZAÇÃO JURÍDICA DOS CONFLITOS ATRELADOS AOS CASOS PENAIS E A PROPOSTA RESTAURATIVA

O sistema de justiça penal pauta-se na racionalização jurídica de conflitos (ACHUTTI, 2012, p. 15), configurando uma visão abstrata e míope dos embates humanos, e desconsiderando a complexidade das múltiplas causas e implicâncias do ato delituoso na vida dos indivíduos.

Na tradição jurídica contemporânea, o acerto do caso penal dá-se por meio de um rito processual baseado no contraditório (COUTINHO, 1989, p. 29-30, 134) e com pressupostos que naturalmente o afastam da pauta subjetiva relativa aos conflitos atrelados a tais casos. Em primeiro lugar, porque o processo criminal volta-se à verificação do dever de aplicação (ou não) da norma penal sobre a esfera jurídica do réu. Em segundo, porque a sublimação do conflito entre indivíduos ampara-se na concepção de que a norma jurídica é a “real ofendida”, sendo o crime concebido como uma ofensa a um “bem jurídico”. Em terceiro, pelo pressuposto de que a permeabilização de elementos

irracionais (emotivos, subjetivos) no âmbito do processo, ou em interlocução com este, poderia, além de incitar a autotutela, provocar decisões não isonômicas, pautadas na arbitrariedade, e não no referencial normativo preexistente ao caso penal.

Assim é que, autor da ofensa e vítima, aqueles diretamente interessados na condução e desfecho do caso penal, ocupam no processo uma posição de instrumento de extração probatória, tendo seus momentos de expressão direcionados ao abastecimento de dados que embasem o desenredo procedimental (GIAMBERARDINO; SILVA, 2017, p. 15).

A dinâmica processual reflete essa perspectiva, sendo o processo penal público uma arena de combate jurídico entre o Ministério Público (representando o Estado) e o defensor do réu (representando a resistência deste à aplicação de eventual sanção penal). Ato contínuo, a abstração jurídica, do conflito de ordem penal, se dá em nome da supressão da autotutela e da contaminação da racionalidade procedimental, de modo que a vítima é substituída, materialmente, pelo ordenamento jurídico e, processualmente, pelo Ministério Público, enquanto o ofensor é intimado a desconstruir a acusação de ter descumprido um preceito normativo penal (CHRISTIE, 1977, p. 3).

Ressalta-se que o maior âmbito de protagonismo que a legislação concede ao ofendido para atuar processualmente é teleologicamente relativo à concretização da norma penal, seja quando o permite atuar na condição de substituto processual, ou como parceiro do Ministério Público (assistente), ou mesmo como detentor do veto da reação estatal a uma suposta ofensa penal (casos de ação penal pública condicionada à representação).

Então, a racionalidade jurídica penal ofuscou a dimensão humana dos conflitos subjacentes aos casos submetidos ao sistema de justiça, colaborando para incrementar a incomunicabilidade do mundo do dever-ser, no qual se concebe o crime como uma ação típica, ilícita e culpável, com o mundo do ser, onde os

crimes, com vítimas, resultam em ofensas a indivíduos dotados de sentimentos, necessidades e expectativas.

Num contexto em que a estratégia penal de reagir ao crime tem sido claramente insuficiente, tanto para combater a criminalidade quanto para restabelecer a paz social e os vínculos afetados pelo delito, se desvanece a sensação de segurança e de justiça, enfraquecendo-se a legitimidade do sistema, que é o responsável por afirmar uma legalidade a qual deveria ser imperativa e presente.

Quando se observa, por exemplo, que a Lei nº 9.099/1995 possibilita que nos processos iniciados mediante queixa seja, previamente ao recebimento da própria querela, realizada a conciliação entre vítima e ofensor (arts. 72 e 73) existe aí um gancho para que se vislumbre no processo penal uma preocupação declarada em promover a pacificação social, de um modo diferente daquele que se dá por meio da aplicação de pena.

Neste sentido, entendemos que o acertamento do caso penal, embora juridicamente independente das consequências disruptivas provocadas na realidade, só se justifica quando, na prática, assegura a harmonia na convivência social e perpetua a estabilidade das relações humanas, adequando as expectativas sociais e individuais aos preceitos normativos do ordenamento jurídico. Isso pode ser depreendido da Constituição, no seu preâmbulo, quando esta dispõe que o Estado democrático de direito brasileiro está comprometido, na ordem interna, com a solução pacífica das controvérsias, e quando, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão indicados “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos (...)” (art. 3º, I e IV). Além disso, é fundamental lembrar dos pressupostos do princípio da *ultima ratio*, da intervenção mínima e da noção de justa causa para o ajuizamento de uma ação penal, o que será trabalhado adiante.

Por consequência, e partindo de premissas como essas, o sistema de justiça, reconhecendo os custos financeiros e sociais

gerados pela pena, tem buscado alternativas de gestão de conflitos que mirem efetivamente as causas e consequências do caso penal na vida das pessoas, sendo que entre estas opções estão as práticas restaurativas, inseridas, inclusive, na regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público (Res. nº 118/2014) para uso na prática institucional.

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, pela resolução nº 225 de 2016, dispôs a política nacional judicial sobre justiça restaurativa, reconhecendo a possibilidade do uso de estas práticas em casos de conflitos penais (art. 2º, §1º), mesmo que elas sejam incomunicáveis com a instrução processual.

Como alguns dos requisitos para participação e condução da prática restaurativa, a resolução estipulou: (i) o reconhecimento por parte dos envolvidos (vítima e suposto autor da ofensa), dos fatos essenciais atrelados ao caso como fatos verdadeiros, (ii) o prévio consentimento de todos os convidados a participar da abordagem, assegurado a retratação até a homologação de eventual acordo restaurativo, (iii) a informação qualificada acerca das consequências da participação na abordagem, (iv) a condução da prática por facilitadores previamente qualificados (art. 13) e (v) a proporcionalidade das obrigações que venham a ser assumidas pelos participantes e o respeito à autonomia da vontade e expressão.

Na linha aqui adotada, as abordagens de cunho restaurativo correspondem a propostas dialógicas de administração de conflitos, as quais possibilitam a restauração de vínculos e o empoderamento dos envolvidos para que formulem coletivamente uma resposta ao caso penal, transformando a experiência da vítima num objeto de narrativa (GIAMBERARDINO; SILVA, 2017, p. 15), para assim promover, mediante a participação de outros membros da coletividade indireta e eventualmente afetada (familiares, vizinhos, e afins), a compreensão e responsabilização pública do causador do dano, que deve repará-lo, se possível.

Então não é de hoje que as instituições que compõem o sistema de justiça vêm investindo em formas alternativas, não-traumáticas e pedagógicas de resolução dos conflitos, tendo como clara a possibilidade de se atingir resultados socialmente mais benéficos e condizentes com o ordenamento jurídico, mediante a implementação de modelos dialógicos de resposta a condutas ilícitas, e de buscar, por este meio, a consolidação de uma cultura de paz (BONAVIDES; LOPES, 2016, p. 623-627).

A Resolução CNJ nº 225/2016, por exemplo, atenta para o fato de que diante da “*complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários*”, de tal maneira que, as práticas restaurativas vão além da mera consideração dos termos da lei, como faz o limitado processo judicial, tendo o foco centrado nos fatores relacionais dos sujeitos, e, buscando, sempre que possível, promover a reparação dos danos causados por meio de um acordo ou plano de ação, elaborado conjuntamente pela vítima, autor da ofensa e pelos apoiadores destes que estejam participando.

A Resolução CNMP nº 118/2014, em seu art. 13, dispõe que:

As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos (BRASIL, 2014).

O fomento ao uso destas práticas em casos penais é também uma diretriz da ONU, materializada na Resolução 2002/2012, na qual se estipula que os países-membros, respeitando seus ordenamentos pátrios, deverão formular estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao seu uso, pelas autoridades.

Isso mostra que é prudente que o sistema penal opte por formas de responsabilizar condutas, para além da cominação e

imposição da pena, adotando, quando oportuno, medidas desprovidas de caráter aflitivo, como é o caso das censuras promovidas com a utilização de diálogos e reflexões coletivas (GIAMBERARDINO, 2015, p. 114). Estas implicam e partem da responsabilização dos ofensores, mas possibilitam que a vítima e seus familiares possuam um espaço de fala, e, portanto, de empoderamento, para se expressarem sobre o que houve, e quais foram as consequências para suas vidas, bem como o que esperam que seja feito a respeito disso.

No Brasil, contudo, o espaço de interação entre as abordagens restaurativas e o processo penal ainda é restrito, estando mais evidente no âmbito dos juizados especiais criminais, ainda que o princípio da aplicação do direito penal como *ultima ratio*, seja extensivo a todos os crimes, sejam eles leves ou não.

### III – PONDERAÇÕES O SOBRE O ESCOPO ÚLTIMO DO DIREITO E DO PROCESSO PENAL

O processo penal é um instrumento necessário de legitimação da aplicação (ou não) da pena, e, conseqüentemente, da legitimação (ou não) de um juízo institucional de reprovabilidade (penal) sobre uma conduta. Por meio dele o Estado é compelido e freado, de modo pretensamente previsível, a obedecer a uma série de garantias e ritos previamente ao exercício de seu poder punitivo, as quais, se ignoradas, tornam este exercício ilícito.

A jurisdição penal corresponde à instância de controle da pretensão estatal de aplicação da pena, o que, ante da gravidade dessa possibilidade, torna tal controle indefectível, indeclinável e necessário, independentemente da vontade de vítima, de quem lhe faça as vezes, ou do autor do crime (COUTINHO, 1998, p. 41). A pena, portanto, não tem como escopo atender aos interesses individuais, ou reparar um dano causado, mas, em termos de função declarada, operara como modo de expressar a reprovação

social em face do desrespeito à norma penal, a qual expressaria os valores sociais consolidados na forma de bens jurídicos que o legislador decidiu por penalizar a lesão (JARDIM,2002, p.77).

À vista disso, o Estado não pode oferecer uma solução penal fora da jurisdição oficial (GIACOMOLLI, 2006, p. 55), pois, uma vez que as decisões penais têm potencial para cercear o direito à liberdade, bem jurídico indisponível, os casos penais devem, nessa lógica, ser submetidos a um juiz, o qual zelará pela observância da legalidade, preservando as garantias do réu e sentenciando em conformidade com o ordenamento.

Trata-se do princípio da jurisdição, cujo conteúdo dispõe, segundo Aury Lopes Jr., que a solução de casos de natureza penal provenha do Estado, por um juiz imparcial, competente para geri-lo, e comprometido com a máxima efetivação da Constituição (juiz natural) (LOPES JR., 2011, p. 109). Isso posto, supõe-se que a vinculação do rito processual e da atuação jurisdicional à lei, conjuntamente com a qualificação técnica do magistrado, previamente testada em concurso público, tornam a condução e o resultado do processo lícitos e previsíveis (SILVA, 2016, 1069).

Para além desse binômio barragem-permissão, quanto à punição penal, se o operador do direito realizar um exercício cognitivo regressivo, a fim de aferir qual a razão última de ser do processo e do próprio direito penal, perceberá que “a proteção de bens jurídicos”, “a punição de delitos”, “a preservação da legalidade”, “o asseguramento de garantias ao réu”, “o acerto do caso penal”, “a expiação do delito”, “a responsabilização do ofensor”, são fins imediatos, que não justificam, por si só (mesmo no campo dos fins declarados), a missão da *persecutio criminis*.

Considerando que o direito penal é a forma mais severa de violência institucional, tanto o legislador quanto os que atuam no sistema precisam considerar que qualquer intervenção penal deve ocorrer somente quando não se mostrarem viáveis outras

maneiras de: (i) promover a pacificação social, (ii) restabelecer a legitimidade do referencial normativo que veda a conduta delituosa, e (iii) respaldar a crença na autoridade das instituições. Essa é a lógica dos princípios basilares e contentores desta violência, como a *ultima ratio* e a intervenção mínima.

Ocorre que, os mencionados princípios são comumente atrelados a vetores relativos à criminalização primária, ou seja, à atividade legislativa. Entretanto, não haveria como o legislador cogitar toda situação em que a utilização de meios alternativos à pena seria possível. O legislador não poderia, portanto, elencar em pormenor todas as circunstâncias para aferir a existência de interesse social e jurídico na punição penal de uma conduta, em virtude das peculiaridades e repercussões de cada caso concreto, razão pela qual os referidos princípios, por uma questão de lógica dedutiva (e não de *mera política criminal*) devem também nortear a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Entende-se também que esse é um dos motivos para os quais a “justa causa” é apresentada como uma condição à persecução penal.

Assim sendo, é preciso refletir sobre a presença/ausência de interesse jurídico, racional ou social, que eventualmente persistiria, para o exercício da pretensão acusatória, em casos nos quais houve efetiva harmonização das relações sociais, com a responsabilização pública do autor da ofensa, e com o consequente aplacamento dos efeitos disruptivos e danosos da conduta delitiva; pois, admitir a necessidade incondicional da persecução penal, incorreria na provocação do efeito inverso daquilo que legitima, em último grau, a existência do direito penal e, por uma conexão instrumental necessária, do processo penal.

Entende-se também que independentemente do entendimento que se adote, mesmo aqueles (maioria) que discordam ser possível a autocomposição como alternativa ao processo e à pena, admitem que o processo penal tem como escopo último promover a pacificação social, ao frear a “justiça pelas próprias

mãos” mediante o fornecimento de uma resposta institucional acerca da reprovabilidade (ou não) da conduta praticada.

Supõe-se que deixar nas mãos dos indivíduos este acerto do caso provocaria mais insegurança e fomento à violência, do que uma intervenção institucional controlada, dentro dos limites estipulados para o ritual processual e para a pena positivada e aplicada, se for o caso, somente após um processo que observe garantias contextualizadas em um embate jurídico que mira o convencimento de um terceiro imparcial (juiz).

Segundo Roberto Antônio Darós MALAQUIAS “o processo é a produção humana para atender a uma função essencial que é a pacificação social dos cidadãos em conflito”, dessa forma o autor, referindo-se ao processo penal e civil, ressalta que seu fim é a paz social (2012, p. 214-216). Ele também cita Maria Thereza de Assis Moura, para dizer que ela, mesmo discordando da assimilação de técnicas autocompositivas pelo processo penal, acompanha essa perspectiva afirmando que "o fim último do poder-dever de punir é a paz social" (MALAQUIAS, 2012, p. 211).

Esse reconhecimento da finalidade mediata do direito penal e do processo provém da compreensão lógica de sua razão de ser, o que se dá a partir da adoção de um pensamento regressivo sobre os fins declarados do direito penal.

O retributivismo clássico, por exemplo, define a pena como um fim em si mesmo, por entender como necessária a reprovação da conduta ilícita, ainda que tal reprovação provoque mais alarme social e não tenha utilidade alguma. A lógica de harmonização das relações sociais também está presente nessa concepção, apesar da aparente incoerência, pois se o objetivo da sanção penal é punir alguém, simplesmente porque cometeu uma conduta tida como ontologicamente errada, mas que optou, racionalmente, por realizá-la, o que se espera do sujeito é que ele não cometa atos reprováveis, e se cometer, merecerá uma pena (GÜNTHER, 2006, 190-193).

Portanto, a reprovabilidade penal, a partir da visão retributivista, existe para afirmar que há práticas inaceitáveis, e que os cidadãos devem agir de acordo com as leis, ou estarão escolhendo o caminho da punição. Permitir o contrário comprometeria a estabilidade social, sendo imperiosa a responsabilização por meio da pena, para diferenciar o que é aceitável, do que não é. Logo, apesar da tentativa de limitar a justificativa da aplicação da pena, usando o argumento de que “ela é um fim em si mesmo”, basta descer mais um degrau, na escada da dedução, para chegar à conclusão de que essa finalidade engloba o ideal de harmonização da prática e das expectativas humanas, a partir do ordenamento jurídico. Tal constatação, de certa forma, equivale a dizer “o direito possui sanções para fazer valer a si mesmo”, e ela pode parecer óbvia e mesmo inócua quando pensada isoladamente, mas se torna funcionalmente relevante quando se trata de averiguar a legitimidade jurídica do uso de alternativas à persecução, com vistas a frear efeitos negativos do seu exercício e da aplicação de uma pena.

No retributivismo clássico o sujeito é punido porque merece, por “escolher” a pena ao cometer conduta vedada pelo tipo penal. A postura delitiva adotada então não pode ser utilizada como um imperativo categórico, pois se ela fosse regra, não haveria paz social, ou seja, não seria possível conviver em sociedade, nos moldes da previsibilidade que o referencial normativo visa a conferir aos comportamentos humanos, a partir do engessamento de expectativas (GÜNTHER, 2006, p. 198). Assim, é possível perceber que mesmo no retributivismo, que tem na pena sua referência, é possível aferir que o fim último desta sanção é o atingimento da paz social.

O mesmo vale com relação às teorias preventivistas, posto que, na prevenção geral positiva, a aplicação da pena se dá pela justificativa de que os demais cidadãos, que não cometeram o crime, não devem perder a fé na autoridade da norma, do contrário, estar-se-ia admitindo a possibilidade de desrespeitá-la

sem consequências, colocando em risco a autoridade de todo um referencial deontológico que rege as interações e expectativas humanas. A prevenção geral negativa, por sua vez, baseia-se na produção do medo da sanção, a qual, se não fosse aplicada quando cometido um delito, teria como consequência, em tese, o desrespeito generalizado às normas (GÜNTHER, 2006, p. 193-194, 199-201). Novamente, evidencia-se o desejo da paz social fincando sua base no respeito ao ordenamento.

As prevenções especiais também se fundam na lógica da harmonização, de modo eticamente reprovável, seja a prevenção especial positiva, na perspectiva de formatar a subjetividade do indivíduo, no sentido deste adequar seu comportamento, deixando de praticar atos penalmente sancionáveis; ou ainda, a prevenção especial negativa, que busca anular o sujeito para que não pratique mais crimes, pois isto desrespeita o dever-ser das relações humanas na ótica jurídica (GÜNTHER, 2006, p. 195-198).

Na primeira, o sujeito é retirado do meio social para se adaptar às expectativas do direito, e na segunda é retirado porque não se ajusta a ela, o que legitimaria a sua neutralização. Logo, mais uma vez está presente a ideia básica da promoção da harmonização de condutas com o direito, seja essa pacificação atingida pela formatação do sujeito, seja pela sua neutralização, para que não venha a cometer crimes.

A própria justificativa do direito penal como ramo jurídico destinado a proteger bens tidos como fundamentais, não foge à referida razão de ser, na medida em que ele se aplica *post factum*, ou seja, quando o bem jurídico já se encontra violado, e tal perspectiva, para que exista coerência no raciocínio, se funda também em uma noção prevencionista, ou seja, evitar que as pessoas atinjam bens jurídicos, ao associarem sua lesão com a aplicação da pena.

Por conclusão, a *primeira tese* aqui defendida é que o fim último do direito penal e, por conexão instrumental, do processo

penal, é a preservação da paz social, lida como a preservação do respeito às normas sociais que regem as expectativas e o convívio em sociedade.

#### IV - A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL QUANDO AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS TENHAM RESULTADO NA RESPONSABILIZAÇÃO DO OFENSOR E NA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES E CONDUTAS COM A LEGALIDADE

Feitas essas ponderações anteriores, surge a perquirição necessária sobre a existência (ou não) de justa causa para o exercício da persecução penal, quando harmonizadas as relações sociais, depois de uma prática restaurativa em um caso penal, com a devida responsabilização do ofensor e consequente reprovação pública de sua conduta.

Marco Aurélio Nunes DA SILVEIRA afirma que a conciliação e a transação penal jamais poderiam ser consideradas meios extraprocessuais de acertamento do caso penal, pois admitir isto equivaleria a aceitar a aplicação da pena sem o prévio devido processo legal, o que é inconstitucional (2016, p. 161).

Ressalva-se que, em se tratando da adoção de práticas dialógicas de gerenciamento de conflitos, o que se faz não é efetivamente acertar o caso, porque isso depende da imposição de uma pena e, portanto, da atuação da jurisdição. Logo, não se trata aqui de aplicar uma pena pela *mediatio*, mas da *mediatio* como alternativa à pena, ou seja, da possibilidade de harmonização e pacificação das relações sociais, por meio de técnicas mais pedagógicas e dialógicas, de maneira tal que a intervenção penal se torne desnecessária.

Quando se fala de harmonização das condutas de acordo com o ordenamento jurídico, não se pressupõe que, para que haja tal conformidade, deva ser aplicada uma pena, mas que as relações humanas tenham se estabilizado, evidenciando que a

aplicação da sanção penal, apesar do conflito pacificado, produziria o efeito inverso do que o plano institucional almeja.

Veja-se ainda que a racionalidade extraída dos princípios da *ultima ratio* e da intervenção mínima colaboram para a interpretação previamente realizada, ainda que tais princípios sejam direcionados à atuação legislativa.

Sendo a *ultima ratio* um mandado de otimização, que remete ao fato das intervenções penais serem necessárias somente no caso de outros ramos do direito não oferecerem resposta apta a promover a citada harmonização, é juridicamente coerente que esta lógica oriente a atividade jurisdicional, não apenas no que toca à seleção da norma aplicável, mas também na avaliação de fatos que permitam aferir a desnecessidade da persecução penal.

Em se tratando da intervenção mínima, esta alude à diretriz básica relativa à legitimidade da criminalização primária apenas quanto aos bens jurídicos da mais alta relevância. Considerando que o legislador não tem contato com a conduta criminalmente reprovável, a intervenção mínima vincularia também a criminalização secundária (ou a persecução penal como um todo), sob pena de desvirtuar a função social do processo penal, como já foi realçado anteriormente neste artigo.

Propor uma interpretação dessa natureza gera desconforto, e este geralmente está atrelado a três questões principais: (i) a suposta ausência de legitimidade democrática do magistrado e do promotor de justiça para decidirem pelo não processamento penal de uma conduta que aparenta ser típica, ilícita e culpável; (ii) a realização de um possível exame de mérito durante o momento de análise da admissibilidade da denúncia; (iii) a impossibilidade de realização do acertamento do caso penal através de outro modo que não seja o processo (questão já esmiuçada).

Quanto à ausência de legitimidade, observa-se que o art. 28 do Código de Processo Penal, ao prever situação em que não haja concordância do juiz com as “razões invocadas” pelo

membro do Ministério Público, aponta ser possível que o pedido de arquivamento do inquérito policial contenha outras justificativas, que não a “ausência de indícios de autoria e materialidade”, o que é, inclusive, uma construção doutrinária (BRASIL, 1941).

Em assim sendo, o próprio legislador concedeu oportunidade ao promotor de justiça e ao juiz de acordarem pelo arquivamento do inquérito e, caso não o façam, caberá ao Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público, decidir por manter, ou não, o arquivamento. Não se está pensando em discricionariedade, pois tudo isto deve estar amparado juridicamente, em respeito à isonomia e a uma motivação idônea, a fim de fundamentar a ausência de necessidade da persecução penal, o que se daria pela prévia harmonização (dialógica) das relações sociais com o direito e a responsabilização do ofensor, somada, se possível, à reparação do dano. Tudo isso, como já visto aqui neste trabalho, está legitimado pela própria Constituição e pelos fins últimos do direito.

A Constituição, em face do contexto histórico de violência estatal prévia à sua promulgação, e que persiste até hoje, garantiu que no seu projeto de Estado democrático de direito tivesse o cidadão um protagonismo e uma liberdade sem precedentes, e isto coaduna-se com a possibilidade de fazer composição também em matéria penal, por meio de práticas dialógicas que materializem esse empoderamento, evitando-se danos e gastos advindos de um processo penal e da eventual aplicação de pena, quando meios menos traumáticos estiverem à disposição.

Repise-se que, separar as pessoas, o conflito entre elas e o caso penal, é, apenas, uma estratégia jurídica para maximizar as chances de conformar a conduta humana com o direito, com o fito de promover a estabilidade das interações intersubjetivas, de acordo com o ordenamento. Em sendo viável a concretização da harmonia social a partir de uma solução pacífica do conflito, da responsabilização do ofensor e da reparação do dano

mediante uma abordagem autocompositiva, cumpre-se, por tabela, a missão social do direito, não havendo, conseqüentemente, justa causa (art. 395, inc. III, do CPP) para se instaurar um processo penal (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, tem-se que a harmonização das relações afetadas por uma prática prescrita na lei penal, com a responsabilização do ofensor e uma censura ao crime produzida pelo consenso entre os envolvidos, mais o cumprimento de eventual acordo que culmine na reparação da ofensa (ainda que simbólica), bem como na demonstração de assimilação da reprovabilidade da conduta, possui respaldo constitucional e infraconstitucional para operar como ausência de justa causa à persecução penal.

Com relação à crítica sobre a averiguação da 'harmonização social' estender o exame de admissibilidade da denúncia, isso não ocorre, simplesmente pelo fato de que o conceito de 'harmonização' deve integrar o conceito de 'justa causa', como condição da ação nos termos do art. 395 do CPP.

O exame atualmente realizado para se aferir a 'justa causa', refere-se à existência, ou não, de indícios de autoria e materialidade, e é justificado pelo fato de recair somente sobre o exame do material probatório apresentado inicialmente pelo Ministério Público, sem se adentrar no mérito da causa (COUTINHO, 1989, p. 150).

Da mesma maneira, verificar a ocorrência de responsabilização do agente, o cumprimento de um acordo restaurativo, a harmonização das relações afetadas pela ofensa a partir destes dois critérios e de estudos psicossociais realizados com as pessoas direta e indiretamente atingidas pela ofensa penal, por exemplo, não implica dizer que houve análise do mérito, ou seja, se houve ou não um crime. Então, se o juízo acerca da justa causa não significa um acertamento do caso penal sem processo, tampouco seria este o resultado concretizado a partir do cumprimento de um acordo restaurativo, visto que, em nenhum dos

casos, o indivíduo deverá cumprir uma pena, ou algo equivalente.

Oportuna, nessa passagem, a definição de Massimo PAVARINI acerca das características fundamentais da pena: (i) o caráter aflitivo (que remete à produção intencional de dor), (ii) o caráter expressivo (que remete à expressão de um juízo de reprovação emitido por uma autoridade da qual emana o poder punitivo) e (iii) o caráter estratégico (finalidade de perseguição de condutas específicas sob a roupagem de uma punição legítima e justa) (2004, p. 4).

No que diz respeito ao resultado das práticas restaurativas, quando se fala em cumprimento de um acordo, André R. GIAMBERARDINO reflete acerca deste resultado ideal e recorre à perspectiva de Gargarella sobre a censura, no sentido de que, seria prudente que o sistema penal optasse por uma reprovação desprovida de pretensões aflitivas, a fim de promover uma censura pela responsabilização do seu autor, por meio do diálogo entre ele, a vítima e os membros da comunidade afetada (2015, p. 214). Tal processo comunicativo rejeitaria um enfoque moralista, sendo efetuado em sede de uma concepção de democracia deliberativa e do reconhecimento do dano causado, produzindo-se uma censura (juízo de reprovação sem caráter aflitivo intencional) e não um castigo (2015, p. 114).

Assim, a *segunda tese* defendida é que o uso de práticas restaurativas, previamente a qualquer intervenção penal, que se mostre capaz de permitir aos envolvidos a construção coletiva de uma resposta ao caso penal, com a responsabilização do ofensor e reparação, ainda que simbólica, à vítima; na harmonização das relações sociais, tanto com o direito quanto em relação aos sentimentos, necessidades e expectativas destes envolvidos, tornaria juridicamente desnecessária a persecução penal da conduta, supostamente delitiva, por falta de justa causa.

## V – SOBRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS QUE PERMITEM

## O USO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO

Para além da proposta de inovação em relação à ressignificação do caso penal, como algo cuja gestão não deveria ficar somente adstrita aos operadores do direito, e ainda em relação à extensão do conceito de justa causa, tudo como já tratado até aqui, no trabalho, agora se abordará a existência de institutos jurídicos aptos a concretizar práticas restaurativas, ainda que de modo mais restrito.

O art. 89 da Lei nº 9.099/1995, por exemplo, permite que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, proponha a suspensão condicional do processo por dois até quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado, ou não tenha sido condenado por outro crime, devendo estar presentes também os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (BRASIL, 1995). Isso é possível para questões envolvendo crimes cuja pena mínima prevista em abstrato seja igual ou inferior a um ano, de tal maneira que, cumpridas as condições estipuladas para a suspensão do processo durante o período de prova, a punibilidade será extinta.

O §1º, inc. I, do citado dispositivo indica a reparação do dano como condição da suspensão, e o §2º dispõe que o juiz poderá especificar outras condições adequadas ao fato ou à situação pessoal do acusado. Há assim a possibilidade do uso das práticas restaurativas e os termos da suspensão condicional podem ser vinculados ao cumprimento de acordo resultado da abordagem restaurativa.

As práticas, regidas pela voluntariedade e confidencialidade, seriam realizadas antes da apresentação da denúncia, quando fosse o caso desta ser oferecida. Por exemplo, quando um acordo for realizado, o agente ministerial, ao propor a ação penal, poderia utilizar os termos acordados para formular as condições da suspensão condicional do processo, o que se daria com

maior legitimidade perante a vítima e o ofensor, aumentando as chances do cumprimento e garantindo, ainda, que as práticas restaurativas atuem como uma alternativa ao processo e à pena, e não como pena alternativa.

Esta última ressalva é fundamental para a compreensão da justiça restaurativa, visto que as práticas a ela vinculadas não podem (ou não deveriam) funcionar como uma espécie de *soft punishment*, uma vez que são: responsabilização pautada na censura, voluntariedade e diálogo. Isso significa dizer que seus resultados não equivalem à pena. Primeiro porque as práticas são um rito para atingir a um fim, e não o fim de um rito; e, segundo, porque não possuem, ou não se propõem a possuir, caráter aflitivo.

Quanto ao princípio da confidencialidade, importante apontar que tudo que é discutido entre vítima, autor de ofensa e apoiadores, não é divulgado ao plano institucional, a menos que todos os envolvidos acordem nesse sentido. O diálogo entre os participantes, facilitado por pessoas previamente capacitadas a conduzir essas práticas, mira a compreensão das várias dimensões do conflito, sendo o acordo uma mera consequência.

No mais, embora haja uma clara distinção entre barganha penal (realizada entre acusação e investigado) e práticas restaurativas (realizadas entre ofendido e ofensor), a Resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela Resolução CNMP nº 183 de 2018, permite que em casos de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja de até 4 anos, como o furto qualificado e o tráfico de drogas privilegiado, e que também se enquadrem nas demais condições dos incs. do §1º do art. 18, possam, mediante a confissão e entrega de provas pelo investigado, ser objeto de acordo de não-persecução penal, respeitadas as formalidades do §2º (BRASIL, 2017).

O acordo possui natureza de negócio jurídico público extrajudicial entre o Ministério Público e o investigado, na

perspectiva de buscar alternativas para conferir respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade (CABRAL, 2017, p. 15).

Nessa linha, as práticas restaurativas podem ser utilizadas, conforme permissivo do inc. V do art. 18, se houver a concordância do ofendido e também do investigado, hipótese em que, atingido o consenso, o cumprimento das medidas acordadas serviria de justificativa para a satisfação do acordo, ressaltando-se que a efetiva participação do investigado nas abordagens restaurativas deve ser considerada para o fim de abrandar condição subsidiária do cumprimento do acordo de não-persecução penal à proposta restaurativa caso não seja obtido o consenso (ESTADO DO PARANÁ, 2018).

Finalizando, a *terceira tese do trabalho* é que já existem meios jurídicos, atrelados ao entendimento majoritário, que permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, sendo possível dar esta maior atenção às necessidades da vítima, bem como promover a responsabilização do ofensor de modo construtivo a partir, sem a necessidade de persecução penal, a partir dos exemplos supracitados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo das cinco premissas apontadas na introdução, conclui-se que a interlocução um modelo restaurativo purista de justiça pode operar como uma via alternativa pré-processual de abordagem institucional de casos penais sem que haja a necessidade da persecução penal e, conseqüentemente, de eventual aplicação de pena.

Isso, evidentemente, em uma perspectiva de complementariedade estrutural, representada pela condução das práticas restaurativas se dar por órgão diverso da acusação e do juiz natural do caso, e de uma complementariedade funcional se, a partir de uma dedução lógica da função declarada do direito penal,

compreender-se que a harmonização das condutas e expectativas humanas de acordo com o ordenamento jurídica representa a paz social que justifica a existência do direito e do processo penal

Portanto, acaso seja possível, a partir do consenso atingido por meio de uma prática restaurativa voluntária, promover a responsabilização pública do autor da ofensa, que não nega a autoria do fato, reparar ou minimizar o dano da ofensa e harmonizar as relações sociais e condutas dos envolvidos em conformidade com a legalidade, tem-se que, em respeito ao princípio da *ultima ratio* e da ausência de justa causa, não seria necessária a persecução penal de um delito ainda que presentes indícios de autoria e de materialidade, inclusive porque o art. 28 do CPP não veda que o promotor invoque razões neste sentido para arquivar um inquérito policial.

A justiça restaurativa ressignifica o conceito de caso penal, atentando-se para os impactos do crime na vida das pessoas e do fato do conflito corresponder a algo digno de transformação e não supressão. Dessa forma, o crime não é visto apenas como uma agressão à norma penal, mas ao bem-estar e à vida dos cidadãos, de modo que estes, como diretamente afetados pelo delito, devem ter a oportunidade de participar de sua gestão de modo empoderador e dialógico, como respalda a *ratio* constitucional.

Ainda, mesmo que não haja adesão à proposta de ampliação do princípio da *ultima ratio* e do conceito de justa causa, o ordenamento jurídico possui institutos que tornam o sistema penal permeável ao uso de práticas restaurativas como alternativas ao processo, ainda que em casos mais restritos.

Entende-se que os pressupostos adotados por este trabalho possam ser questionáveis, à luz de determinadas vertentes, especialmente ligada à criminologia crítica e do abolicionismo. Da mesma forma, um restaurativista, que fosse purista ao extremo, também poderia questionar o quanto a interlocução entre as práticas restaurativas e o sistema penal comprometeriam a

efetiva voluntariedade das pessoas em participar das abordagens, em razão, por exemplo, de uma coação institucional implícita. Não se ignoram estes fatos, mas se entende que o apego à pureza da teoria, embora contribua para a cautela no momento de se realizar escolhas, não pode barrar avanços passíveis de serem atingidos mediante tentativas de modificar o que está posto.

Negar o sistema, por si só, não soluciona as assimetrias que ele provoca, e apostar nas práticas restaurativas e sua interlocução com o sistema penal é uma aposta de risco, que pode tanto culminar na inoculação de um intruso paradigmático que, aos poucos, realizará modificações sistêmicas benéficas, freando a violência, quanto poderá ser usada para, ainda que de modo menos potente, reproduzir a segregação e o controle social verticalizado de maneira envernizada. Todavia, por todos os argumentos já descritos, entendemos que esta aposta, considerando a chance de mudar o que está posto e se aproximar dos ideais constitucionais, valha a pena ser feita.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (doutorado), Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª ed. Curitiba: Livraria do Advogado, 2015.
- \_\_\_\_\_. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista de Direito Público*, nº 17, p. 52-75, jul-ago-set/2007.

- BAZENORE, Gordon; WALGRAVE, Lode. *Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform.* Em: BAZENORE, Gordon; WALGRAVE, Lode. *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey (NY): Criminal Justice Press, p. 45-74, 1999A.
- BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para a resolução de controvérsias. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Em: *Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*, fls. 615-628, 2016.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Brasília: Congresso Nacional, 1941.
- BRASIL. *Lei nº 9.009, de 26 de setembro de 1996*. Brasília: Congresso Nacional, 1995.
- BRASIL. *Resolução nº 114 de 29 de julho de 2014*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014.
- BRASIL. *Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017.
- BRASIL. *Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não-Persecução Penal. Em: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; DO Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de Não Persecução Penal*. Juspodvm, p. 1-32, 2018.
- CHRISTIE, Nils. Conflict as property. *The british journal of criminology*, Oslo, vol. 17, 1977.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.30, nº 30, p. 163-198, 1998.
- DIETRICH, Wolfgang. *Elictive Conflict Transformation and*

- the Transrational shift in peace politics*. Londres: Palgrave Macmillan, 2013.
- SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo. *Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, n. 6, ano 2, fl. 1053-1090, 2016.
- ESTADO DO PARANÁ. *Enunciados do Grupo de Pesquisa em Métodos Autocompositivos do Ministério Público*. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal: na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: A Censura para além da Punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. *R. Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. *Revista Direito GV* 4.: v. 2, n. 2, p. 187-204, dez. 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: 11ª ed., Editora Forense, 2002.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: Vol. I*. Rio de Janeiro: 8ªed., Lumen Juris, 2011, p. 109.
- MALQUIAS, Roberto Antonio Darós. *A função social do processo no estado democrático de direito*. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.
- MCCOLD, Paul. *Toward a Mid-Range Theory of Restorative*

Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: *Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles*. Leuven (Bélgica): Outubro 24-27, 1999.

PAVARINI, Massimo, GUAZZALOCA, Bruno. *Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.,

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.