



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BEATRIZ ALVES SILVA

O USO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DELITO DE
FURTO: POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA JUSTA CAUSA PARA
O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Salvador
2019

BEATRIZ ALVES SILVA

**O USO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DELITO DE
FURTO: POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA JUSTA CAUSA PARA
O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade Federal
da Bahia, como requisito para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Selma Pereira de
Santana

Salvador
2019

BEATRIZ ALVES SILVA

O USO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DELITO DE FURTO: POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA JUSTA CAUSA PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Selma Pereira de Santana - Orientadora:

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.
Universidade Federal da Bahia.

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro

Pós-Doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Universidade Católica do Salvador.

Thais Bandeira Oliveira Passos

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Bahia, Brasil.
Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

São tantos, e tão especiais...

Inicialmente, sou grata a Deus por tudo que tem proporcionado na minha vida e permitir que eu chegasse até aqui.

Agradeço imensamente aos meus pais, Josivalda e Antonio Marcos, por toda dedicação, amor e cuidado e, principalmente, pela compreensão nos momentos finais deste trabalho.

À minha família, fonte de tanto amor e alegria, por todo incentivo e carinho.

À Rafael Ferreira, por ser tão companheiro, ouvir minhas angústias diárias e me acalmar.

Aos meus amigos, por todo auxílio e atenção.

Em especial, à Yumi Kuwano, o maior presente que ganhei na faculdade, quem me apoiou e me fez rir nos momentos mais desafiadores da vida acadêmica.

Aos professores que tive durante toda a minha vida.

À minha Orientadora, Selma Pereira de Santana, por todo zelo, apoio e disponibilidade durante a construção deste trabalho.

Sou grata a todos que contribuíram, acreditaram, auxiliaram e torceram por mim.

SILVA, Beatriz Alves. **O uso da justiça restaurativa no delito de furto: possibilidade de exclusão da justa causa para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.** Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

RESUMO

A presente monografia busca demonstrar a possibilidade de inserção da Justiça Restaurativa no delito de furto, indicando como consequência da realização e efetivo cumprimento do acordo restaurativo, a exclusão da justa causa para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, partindo da premissa que, a referida condição da ação se constitui como garantia contra o uso abusivo do direito de acusação, relacionada com o controle processual do caráter fragmentário do Direito Penal. Com esta proposta, pretende-se expandir as práticas restaurativas no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, comumente são utilizadas nos delitos de menor potencial ofensivo e atos infracionais. Ademais, deseja-se que com esta prática seja reduzida a violência no país, o número de pessoas encarceradas, e sejam priorizadas, no procedimento criminal, as necessidades das partes envolvidas no conflito.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e de natureza aplicada, empregando-se, ainda, a pesquisa exploratória, através da realização de pesquisas bibliográficas e entrevistas.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa; Vítima; Ofensor; Resolução de Conflitos; Condições da Ação Penal; Justa Causa.

SILVA, Beatriz Alves. **The use of Restorative Justice on theft offense: possibility of exclusion of the just-cause to offer complaint by the Public Ministry.** Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

ABSTRACT

The present monography intends to demonstrate the possibility of insertion of Restorative Justice on theft offense, indicating as consequence of the realization and effective compliance of the restorative agreement, the exclusion of just-cause to offer complaint by the Public Ministry, assuming that the condition for the persecution constitutes itself as a guarantee against the abusive use of the right of persecution, related to the procedural control of the fragmentary character of Criminal Law. With this proposal, it intends to expand restorative practices in the Brazilian legal system, once they're commonly used in low level crimes and offenses. In addition, it's expected to reduce the violence rate in the country, the number of incarcerated people, and the necessities of people involved in the conflict are prioritized in the criminal proceedings.

To the development of this paper, the deductive hypothetical method was used, with a qualitative and applied approach, also using the exploratory research through bibliographic research and interviews.

Key-words: Restorative Justice; Victim; Ofender; Conflict resolution; Conditions of persecution; Just-Cause

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL	11
2.1 A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL	14
2.2. REAÇÕES ÀS CONTRADIÇÕES DA LEI PENAL E DA JUSTIÇA CRIMINAL	19
3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	22
3.1 O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA	23
3.2 OS PILARES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	28
3.3 OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	37
3.4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	42
3.4.1 Justiça Restaurativa aplicada em Salvador	48
4. A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA	52
4.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL	58
4.1.1 As condições da ação penal segundo categorias e necessidades próprias do Direito Penal	62
4.1.1.2 A justa causa na Ação Penal	63
4.2 O ACORDO REALIZADO PELA VÍTIMA E OFENSOR COMO EXCLUDENTE DA JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL	67
4.3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	74
5. CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	80

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal tem a função de proteger os bens jurídicos, tidos como essenciais para a sociedade, quando estes não podem ser suficientemente tutelados pelos demais ramos do Direito.

Dentro do procedimento criminal tradicional, a pena aplicada pela prática de um delito assume a função de retribuir o dano provocado, e prevenir a prática de novos delitos. Contudo, há muitos anos se percebe que as reprimendas aplicadas não tem alcançado seus objetivos, de modo que os índices de violência e reincidência, em nosso país, vem aumentando.

A expansão da criminalidade, a seletividade do Direito Penal, a violação dos direitos humanos na execução da pena, os custos que o procedimento processual penal gera, o afastamento da vítima na construção da resposta ao crime, bem como outras características inerentes ao sistema adotado, levaram à chamada “crise de legitimidade do Direito Penal”.

A partir de então, como resposta à mencionada crise, surgiram, por um lado, teorias abolicionistas e minimalistas, como alternativas de política criminal, que partem do pressuposto de deslegitimação do Direito Penal, e por outro, o movimento de “eficientismo penal”, por onde se entende que, para a contenção da violência é necessário tornar o sistema criminal mais eficiente, com propostas de elevar as penas e criação de novos presídios com número maior de vagas.

No entanto, a expansão do Direito Penal, com aumento de condutas definidas como crime e expansão dos limites de penas cominadas “em abstrato” aos delitos, não tem trazido bons resultados, de modo que os índices de violência continuam crescendo.

Neste contexto, urge a necessidade de repensar as respostas aos crimes, sendo importante reduzir o uso do sistema criminal tradicional e aplicação de pena de prisão pura e simples, e buscar métodos alternativos para resolução dos conflitos ocorrentes na sociedade, que sejam mais democráticos e tenham o condão de atender às finalidades do Direito Penal, trazer maior segurança à população e respeitar os direitos fundamentais dos ofensores.

Por esta razão, neste trabalho, pretende-se visualizar a Justiça Restaurativa, como método possível para solução de conflitos, em razão desta oportunizar a participação das partes envolvidas no delito, e buscar atender às reais necessidades e anseios delas, entendendo que, para alguns casos, há dispensabilidade do uso do Direito Penal e do aparato judicial, e que isso não representa impunidade ou dupla penalização do acusado.

Reconhecemos aqui a possibilidade de inserção das práticas restaurativas para todos os crimes. No entanto, limitaremos a discussão, neste trabalho, a aplicação da Justiça Restaurativa no delito de furto, previsto no artigo 155, do Código Penal, sustentando que, o acordo restaurativo, realizado entre a vítima e o ofensor, homologado pelo Juízo competente, e devidamente cumprido, afasta uma das condições da ação para a propositura da ação penal de iniciativa pública, de modo que, ao final, o Ministério Público deverá requerer o arquivamento do inquérito.

Considerando que o bem jurídico tutelado pelo crime de furto é o patrimônio, defende-se que o proprietário, ou o possuidor do bem, é quem deveria decidir, dentro da legalidade, o que deve ser feito diante do evento delituoso. Logo, se o acordo restaurativo responde e atende às necessidades da vítima, não haveria razão para que o Ministério Público iniciasse a ação penal, movimentando a máquina judiciária, trazendo gastos ao erário, revitimizando o ofendido e fixando uma pena ao ofensor, entendendo que, por este meio, a justiça seria feita.

Para construção deste raciocínio, inicialmente, trataremos, de forma breve, os fundamentos do Direito Penal, as finalidades da pena, as contradições da lei penal e da justiça criminal e as possíveis respostas à crise de legitimidade deste sistema.

No segundo capítulo, abordaremos a Justiça Restaurativa, como forma de solução de conflitos. Para tanto, serão tratados seus conceitos, pilares, benefícios, e um pouco do contexto em que este método de solução dos crimes foi inserido no Brasil e, posteriormente em Salvador, no Cejusc-Lapinha.

No terceiro capítulo, será abordada a ação penal pública incondicionada e as condições da ação, inicialmente aquelas que foram pensadas para o processo civil (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir), e, a *posteriori*, aquelas que asseguram os interesses, finalidades e instrumentos próprios

do processo penal, ou seja, a prática de fato aparentemente criminoso - *fumus commissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa.

Ainda neste capítulo, trataremos dos diversos conceitos assumidos pela justa causa para propositura da ação penal, e, após, será indicado a possibilidade de afastamento desta condição da ação penal no delito de furto, mediante a realização e cumprimento do acordo restaurativo.

Ao final, reconhecendo as diferenças entre Justiça Restaurativa e o Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP), tratar-se-á deste último, a título de exemplificar o reconhecimento do Ministério Público acerca da necessidade de inserção de novos métodos de abordagem dos crimes, entendendo que por meio da Resolução nº 181/17, este órgão ampliou o espaço para inclusão de métodos conciliatórios na justiça penal brasileira.

Pretende-se com este trabalho, expandir as práticas restaurativas para além dos delitos de menor potencial ofensivo e atos infracionais, como comumente ocorre no sistema judiciário pátrio, esperando que, como consequência, seja reduzida a violência no país, o número de pessoas encarceradas e os índices de reincidência, e seja melhorado o tratamento conferido aos envolvidos no conflito (vítima e ofensor).

2. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

O direito penal tem, como função primordial, a proteção de bens jurídicos tidos como essenciais para a sociedade, quando estes não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito, possuindo, portanto, um caráter subsidiário¹. Para Cezar Roberto Bitencourt², o conjunto de normas, valorações e princípios do direito penal tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, com observância de princípios de justiça.

Por outro lado, o direito penal também pode ser entendido como meio de contenção do *jus puniendi* do Estado, na medida em que prevê os poderes, deveres e direitos do Estado para com as partes envolvidas (vítima e réu), prevenindo-se, assim, reações arbitrárias, públicas ou privadas³.

Paulo Queiroz, valendo-se dos ensinamentos de Von Litz, aduz que o Direito Penal é uma espada de fio duplo, haja vista que lesiona bens jurídicos, para proteção de outros bens jurídicos, constituindo-se em violência, a serviço do controle da violência. Por esta razão, entende que este ramo do Direito precisa ter limites, e, em razão de ser um dos muitos instrumentos de política social de que se vale o Estado para realização dos fins propostos pela Constituição, é que seus limites seriam os mesmos do próprio Estado⁴.

O Processo Penal, por sua vez, é regido por regras e princípios limitadores do direito de punir estatal. Ao final deste procedimento, havendo a condenação, ao Acusado pode ser imposta uma pena. Mas em que se fundaria esta pena? Para responder a esta indagação temos a teoria absoluta, na qual a pena consiste numa retribuição ao mal causado pelo delito, e a teoria relativa, que concebe a pena através de um ideal de prevenção dos delitos.

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 2.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 128.

⁴ Entendendo-se aqui o Estado nos termos referidos por Cristina de Oliveira, ou seja, como entidade detentora do monopólio legítimo da violência, a quem compete organizar as relações sociais valendo-se dos instrumentos jurídicos. OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 32.

A ideia de retribuição ao mal que o delito causou à vítima e à sociedade ressaí das teorias absolutas, para as quais a finalidade da pena está dissociada de ideias de efeito social, de modo que a punição consistiria numa retribuição, sendo justificada pelo fato do indivíduo ter cometido uma infração penal⁵.

Sobre o tema ressalta Rogério Greco⁶:

A concepção retributiva da pena parte do pressuposto de que o homem é livre, que possui o direito e a faculdade de escolher entre o bem e o mal. Se opta em praticar o mal, deve receber a sanção previamente determinada pelo Estado. Sua preocupação não está na prevenção de futuros atos semelhantes praticados pelo próprio agente, ou mesmo por outras pessoas. Por isso, a teoria retributiva é conhecida, também, como uma teoria absoluta, já que a pena é um fim em si mesma.

Já a ideia de prevenção de delitos sobrevém das teorias relativas. Nestas, visualiza-se o futuro, de modo que através da fixação da pena, busca-se evitar que outras infrações penais sejam cometidas, consistindo, portanto, numa ideia de prevenção de novos delitos⁷. Estas teorias são subdivididas em prevenção geral ou especial.

A prevenção geral pode ser visualizada através de dois enfoques, um denominado de prevenção geral negativa e outro prevenção geral positiva. Para os teóricos da primeira teoria, a pena teria um caráter inibitório, de modo que o Estado através da cominação de penas altas, em abstrato, inibiria ou persuadiria a conduta das demais pessoas da população. Neste sentido, Raquel Tiveron⁸ afirma que nesta perspectiva a pena seria essencial para reforçar as proibições, indicar o que é permitido e mostrar aos cidadãos que a observância aos mandamentos legais é absolutamente necessária.

No mesmo sentido leciona Rogério Greco⁹:

Por meio dessa vertente da prevenção geral, tida como negativa, a sociedade é advertida a respeito do Direito Penal tanto mediante ameaça da pena, em abstrato, contida na lei, como também na oportunidade em que essa mesma lei é aplicada, gerando a condenação de um de seus pares.

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 75.

⁶ Idem, *ibidem*, p. 75.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 73

⁸ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 63.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 77.

Nesta última hipótese, o agente, na verdade, serve de exemplo aos demais, fazendo com que a sua condenação reflita em seu meio social, levando à compreensão de todos aqueles que o cercam, ou que, pelo menos, tiveram conhecimento da sua condenação, as consequências pela prática de determinada infração penal.

De modo diverso, a prevenção geral positiva vê a pena com uma função pedagógica e meio de reafirmar o sistema normativo violado, no intuito de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico.

Sobre o tema, Bitencourt ressalta que¹⁰:

A teoria da prevenção geral positiva propugna, basicamente, três efeitos distintos, que podem aparecer inter-relacionados: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal; o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito.

Com enfoque distinto, urge a ideia de prevenção especial da pena, que também possui dois enfoques. Assim, no ideal de prevenção especial negativa, no momento em que a pessoa condenada cumpre a pena, estaria impedida de cometer novos delitos, uma vez que estaria apartada do convívio social¹¹. Por outro lado, para a prevenção especial positiva, o indivíduo teria seus valores modificados através da punição, de modo que, após cumprir a pena, já não mais cometeria crimes, em razão de temer a punição e por estar convencido de que o comportamento criminoso é equivocado.¹²

No Brasil, extrai-se do art. 59, do Código Penal¹³ que a função da pena seria a de retribuir e prevenir novos delitos¹⁴, na medida em que consta, ao final do dispositivo que, observando os critérios ali expostos, a pena será estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 147.

¹¹ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 60.

¹² Idem, ibidem, p. 61.

¹³ BRASIL.PLANALTO. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

¹⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 55.

No entanto, verifica-se, na prática, que a pena não tem alcançado suas funções, sendo necessário destacar o crescimento do índice de violência e reincidência¹⁵ obtidos no Brasil, bem como em outros países do mundo, de modo que há muito se fala em uma crise de legitimidade do direito penal, fazendo surgir teorias a fim de ressignificar essa crise.

2.1. A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

Como dito acima, fala-se em crise de legitimidade do direito penal, haja vista que este não tem alcançando suas finalidades declaradas¹⁶ de prevenir/reprimir crimes ou ressocializar os condenados, havendo diversos fatores que contribuem, constantemente, para seu questionamento.

De início, é de se observar os pontos controversos sobre as teorias que fundamentam a aplicação da pena.

No que tange ao ideal de prevenção especial negativa, na prática, constata-se que ele não se verifica, haja vista que, mesmo encarcerado, o acusado pode cometer crimes, como alguma conduta contra um colega de cela ou agente da segurança pública, ou mesmo comandar o crime organizado. Não sendo demais ressaltar que, enquanto encarcerada, esta pessoa tem contato com outros presos, podendo assimilar novas técnicas criminais e utilizá-las, após a saída do cárcere¹⁷.

¹⁵ De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), através da observação de 817 processos em 5 estados da federação, no ano de 2015, a média ponderada de reincidência encontrada no Brasil é de 24,4%. BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁶ Aqui fala-se em finalidade declarada, haja vista que para parte da criminologia crítica, a exemplo de Vera Regina Pereira de Andrade, o direito penal possui uma função não declarada, servindo como meio de controle e seleção de pessoas e condutas, de modo a construir seletivamente a criminalidade. ANDRADE, Vera Regina. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n° 52, jul. 2006. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-crise-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em: 17 set. 2019.

¹⁷ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 61.

Neste sentido, Cristina de Oliveira¹⁸ aduz que a dinâmica de atuação do sistema criminal defini-o como reprodutor de violência, entendendo que a segregação dos indivíduos favorece a reiteração da prática de condutas lesivas e mantém as desigualdades sociais.

Outrossim, quanto ao ideal de prevenção geral negativa, observa-se através da prática que não ocorre o efeito inibitório da pena, de modo que, mesmo as penas duras e cruéis não intimidam a prática delitiva. Nesta toada, é que Maria Lúcia Karam¹⁹ afirma: “a história demonstra que a função de prevenção geral negativa jamais funcionou. A ameaça mediante leis penais, não evita a formação de conflitos ou a prática das condutas qualificadas como crimes”.

Indo além, Raquel Tiveron sinaliza outros pontos controversos acerca dos fundamentos da pena, afirmando que²⁰:

Em primeiro lugar, o padrão preventivo ordinário implica uma intervenção tardia no problema criminal (déficit etiológico), de forma reativa e não preventiva, sem que possa impedi-lo ou solucioná-lo. Incide ainda sobre os efeitos do crime e não sobre os conflitos propriamente ditos. Em segundo lugar, revela um acentuado traço individualista e ideológico na seleção dos seus destinatários e no desenho dos seus programas (déficit social) e, por fim, concede um protagonismo desmedido às instâncias oficiais do sistema legal (déficit comunitário).

Outro fator que demonstra a dificuldade de alcance das finalidades declaradas da pena, é a constante violação aos Direitos Humanos durante a execução da reprimenda imposta. Isso porque, embora a Magna Carta proíba, de forma expressa, a prática de tortura e tratamento desumano ou degradante, e o Brasil tenha ratificado diversos instrumentos internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que consagram o direito à vida, integridade, liberdade pessoal, honra e dignidade, certo é que os presídios brasileiros violam frontalmente estes dispositivos, na medida em que, normalmente, são superlotados²¹, possuem um ambiente insalubre, escuro,

¹⁸ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42.

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia apud TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 63.

²⁰ Idem, ibidem, p. 62.

²¹ De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional, relativos ao ano de 2017, todos os Estados da Federação possuem um grande *déficit* de vagas em seus sistemas prisionais, de modo que há no país 1.507 unidades ativas, perfazendo um total de 423.242 vagas no sistema, disponibilizadas para uma população carcerária de mais de 726 mil pessoas encarceradas. BRASÍLIA

com ratos, baratas e insetos, e os internos doentes são, muitas vezes, misturados com os sadios²².

Noutro giro, a par dos fundamentos da pena, consignam-se outros fatores que contribuem para a crise de legitimidade do direito penal, sendo um deles, a necessidade de refletir que, no atual sistema, a pena, ainda que possa ser de diferentes espécies, é vista como único meio de solução para reprimir a prática delitiva, o que é contraditório, na medida em que, se os crimes são diversos, também mereceriam tratamento diferentes, sendo mais adequado que houvessem respostas particularizadas a cada conflito.²³

Outro aspecto de questionamento incide sobre os custos da lei penal, entendendo-se como tais não apenas o financeiro, mas àqueles inerentes/adstritos a todo sistema penal, vez que nem todas as pessoas que cometem crimes respondem por seus atos, o que Ferrajoli denomina de “cifra da ineficiência” do sistema. Além disso, esta forma de resolução dos conflitos faz com que pessoas inocentes sejam subordinadas ao cárcere, ao julgamento e ao erro judiciário, o que o autor intitulou como “cifra da injustiça”²⁴.

Ademais, é necessário ressaltar também a chamada “cifra oculta” da criminalidade, haja vista que, há um volume diferente entre os delitos efetivamente praticados e aqueles que são levados à persecução penal estatal, de modo que, pode-se concluir que as pessoas conseguem conviver com alguns conflitos fora do âmbito penal. Sobre o tema, Raquel Tiveron²⁵ assevera que a “cifra oculta da criminalidade”, demonstra que a criminalização é um modo específico de olhar para o delito, tendo em vista que, aos crimes que não são noticiados às autoridades

- DF/BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019, p. 21.

²² DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. Execução penal e falência do sistema carcerário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, p. 351, 2000, p. 01/02. Disponível em: https://carceropolis.org.br/static/media/publicacoes/Execu%C3%A7%C3%A3o_penal_e_a_fal%C3%Aancia_do_sistema_carcer%C3%A1rio_Moura_2000.pdf. Acesso em: 24 nov. 2019.

²³ ROCHA, Maíra apud TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 53.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

²⁵ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 72.

também é dado algum tratamento, sendo este alternativo e diverso da imposição de penas.

Noutra toada, a criminologia crítica aponta outro aspecto relacionado à legitimidade do direito penal, que é o fato de atuar de modo seletivo, tendendo a criminalizar pessoas e condutas de baixo estrato social. Sob este olhar, Raquel Tiveron²⁶ aduz que:

O desenvolvimento deste modelo penalizador resultou na criação de uma sociedade de controle e reclusão caracterizada pelo encarceramento em massa de pessoas socialmente excluídas devido à criação de um complexo prisional industrial composto por uma rede de funcionários e entidades (públicas e privadas) que sobrevivem por força da acusação, do policiamento, da punição e da continuidade do castigo sob forma diversa (estigmatizadora), mesmo após o término do cumprimento da pena.

Neste contexto, Raffaella Pallamolla²⁷ acrescenta que:

O processo penal, ao pretender ignorar as diferenças existentes entre as pessoas a fim de tratar os ofensores como iguais perante a lei, passa a tratar os desiguais igualmente, ignorando, desta forma, desigualdades sociais, políticas, de gênero, etc. e contribuindo, assim, para reforçá-las. Esta forma de fazer justiça por meio de simplificações também relaciona a justiça diretamente com a imposição de dor. O delito é visto como dívida moral que deve ser paga à sociedade por meio da justiça e da punição por ela estabelecida: “É como se existisse uma balança metafísica no universo que foi desequilibrada e precisa ser corrigida.

Sobre o tema, Cristina Rego de Oliveira informa que um dos motivos da falência do sistema de justiça é o esvaziamento das relações interpessoais no campo da atuação penal, tendo em vista que os atores do conflito ficam alheios ao desfecho do litígio, aduzindo que²⁸:

(...) ao réu consolida-se o rótulo de outsider socialmente imputado; e a vítima, considerada em abstrato, um status de objeto legitimador da persecução penal e, portanto, necessária para reconstrução dos fatos praticados em desconformidade ao direito, para que ao final seja reafirmada a validade da norma violada.

²⁶ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 50.

²⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 70.

²⁸ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 37.

Neste aspecto, Raffaella Pallamolla²⁹ entende que o foco do processo penal atual está na violação à lei e não no dano sofrido pela vítima ou na experiência desta e do ofensor, na medida em que o Estado passa a ser o ofendido e tem o poder exclusivo de reagir ao crime. Deste modo, a real vítima é negligenciada e suas necessidades não são atendidas, sendo os termos “ofensa” e “culpa” definidos em termos legais, como violação de norma, enquanto outras questões relacionadas aos fatos são afastadas.

Contribuindo com a reflexão acerca do Direito Penal, surge a vitimologia, ciência que estuda o papel da vítima no direito penal, e entende que o Estado toma para si a resolução do conflito social e afasta a vítima da construção de uma solução que atenda aos seus interesses. O maior objetivo da vitimologia é trazer para a vítima uma reparação, seja material ou simbólica, diante da ofensa sofrida, entendendo que o ofendido necessariamente precisa participar da construção desta solução³⁰.

Por estas razões, Vera Regina Pereira de Andrade³¹ afirma que a estrutura do direito penal o torna incapaz de cumprir as funções que legitimam a sua existência, ou seja, a de proteger bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade através das funções da pena, fornecer segurança jurídica aos acusados e segurança pública à sociedade.

No mesmo rumo é a crítica de Pallamolla³²:

A imprescindível reflexão sobre a justiça criminal na modernidade conduz (ou deveria conduzir) à conclusão de que se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema.

²⁹ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 71.

³⁰ Idem, ibidem, p. 52.

³¹ Para esta autora, o direito penal não pode atingir suas finalidades porque sua função real é construir seletivamente a criminalidade, sendo a função real da prisão a fabricação de criminosos. ANDRADE, Vera Regina. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n° 52, jul. 2006. Disponível em:

<https://emporiododireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-crise-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em: 17 set. 2019.

³² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 29.

Neste contexto, urge a necessidade de repensar o direito penal e suas finalidades. Sendo importante reduzir o seu uso e buscar métodos alternativos de resolução dos conflitos ocorrentes na sociedade.

2.2 REAÇÕES ÀS CONTRADIÇÕES DA LEI PENAL E DA JUSTIÇA CRIMINAL

Como reação a esta crise de legitimidade do direito penal surgem, dentre outras, as teorias abolicionistas e minimalistas do direito penal, movimentos de política criminal que, de modo geral, consideram o sistema penal estruturalmente seletivo, criminógeno e ineficaz quanto às funções que lhe são assinaladas³³. Assim, partindo da ideia de que os crimes não passam de situações de conflitos ocorrentes nas sociedades, entendem que é necessário modificar o tratamento dado a estes.

Sobre os pilares dos movimentos abolicionistas, resume Daniel Achutti³⁴:

O castigo, segundo os principais defensores da abolição do sistema penal, não é um meio adequado para reagir diante de um delito, e por melhor que possa vir a ser utilizado, ainda assim não surtirá os efeitos desejados, pois para além da sua finalidade mais latente (punir o criminoso), o sistema inteiro foi criado para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante, de forma que até mesmo sistemas que possuam um funcionamento tido como satisfatório não deixarão de ser violentos.

Entretanto, contrariando estes movimentos de rejeição ao direito penal tal como é posto em prática, surge o que os teóricos, a exemplo de Vera Regina Pereira de Andrade, denominam de “eficientismo penal”. Aqui, entende-se a crise do sistema penal como “crise conjuntural de eficiência³⁵”, de modo que a partir deste pressuposto, constrói-se a ideia de que para resolvermos os problemas da violência, é necessário expandir o direito penal, elevar as penas, criar vagas nos presídios e

³³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 91.

³⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

³⁵ Expressão utilizada por Vera Regina Pereira de Andrade em Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, nº 52, jul. 2006. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-crise-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em: 17 set. 2019.

mesmo presídios de segurança máxima, ou seja, tornar o sistema mais eficiente. Neste sentido, Cristina Rego de Oliveira³⁶ afirma que com a intenção de combater a criminalidade, o Estado utiliza-se de inúmeros mecanismos para sua efetivação, legitimando um discurso expansionista penal. Sobre o tema, assevera Rogério Greco³⁷ que o direito penal moderno tem seguido a orientação de um direito penal máximo, afastando-se, muitas vezes, das garantias penais e processuais penais, sob o argumento de defesa da sociedade. Por esta razão é que nos últimos anos é possível visualizar o aumento de condutas tipificadas, bem como de leis especiais e agravação penal, sempre sob o fundamento de que é preciso conter a criminalidade.

Lado outro, as teorias abolicionistas e minimalistas do direito penal, partindo do pressuposto de deslegitimação do direito penal, visualizam soluções distintas. Assim, em geral, os teóricos abolicionistas³⁸ buscam a abolição do sistema penal, com substituição por formas alternativas de resolução dos conflitos, enquanto os minimalistas defendem a máxima contração deste ramo do direito³⁹, dividindo-se entre aqueles que imaginam o minimalismo como meio para alcançar o abolicionismo, enquanto outros possuem o ideal de que o minimalismo teria o fim em si mesmo, buscando diminuir/reduzir a atuação do sistema penal.

É certo que o movimento abolicionista trouxe grandes reflexões acerca do sistema penal, sendo possível dizer que consiste na mais contundente crítica a este sistema e oportuniza ou oportunizou aos teóricos da criminologia a busca por novas

³⁶ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 42.

³⁸ Não esquecendo aqui que, em verdade, podemos falar em abolicionismos e minimalismos, haja vista que os diferentes teóricos abolicionistas trazem diferentes propostas para solução dos conflitos sociais, enquanto que no minimalismo verifica-se outras propostas, algumas no sentido de tê-lo como fim em si mesmo, outras no sentido de compreendê-lo como meio para se chegar ao abolicionismo. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n° 52, jul. 2006. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-crise-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em: 17 set. 2019.

³⁹ ANDRADE, Vera Regina. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n° 52, jul. 2006. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-crise-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em: 17 set. 2019.

formas de resoluções de conflitos. Neste sentido é que Daniel Achutti⁴⁰ entende que os ideais trazidos pelos pensamentos de dois teóricos abolicionistas (Louk Hulsman e Nils Christie) contribuíram para o desenvolvimento acadêmico da Justiça Restaurativa, na medida em que, por meio dela, e a partir das críticas abolicionistas, busca-se nova forma de resolução dos conflitos.

Assim, é que o referido autor conclui que as teorias abolicionistas possuem fundamental importância para o vigor acadêmico da Justiça Restaurativa, entendendo que, através desta, é possível reduzir os métodos utilizados pelo direito penal para administrar os conflitos.

De igual modo, Cristina de Oliveira entende que as premissas dos movimentos abolicionistas legitimam as teorias de cunho restaurativo, à medida que⁴¹:

[...] propõem uma resposta diferenciada ao crime, que, como consequência, poderia afastar a violência punitiva denunciada pelos críticos, ao mesmo tempo em que autoriza os sujeitos a participarem da resolução do conflito.

Noutra toada, Raquel Tiveron, valendo-se da classificação de Ferrajoli entende que a Justiça Restaurativa pode ser uma doutrina minimalista, reformadora do direito penal, haja vista que preceitua redução da esfera de intervenção penal e, na sua versão mais ousada, visa a abolição específica da pena de reclusão em troca de sanções penais menos aflitivas.

Diante deste panorama, é que neste trabalho, partindo do pressuposto de que o movimento abolicionista e a vitimologia exerceram grande influência para formulação dos princípios da Justiça Restaurativa⁴², pretende-se visualizá-los como método possível para solução de conflitos, oportunizando a participação das partes envolvidas, buscando-se atender às reais necessidades e anseios destas, entendendo que, para alguns casos, há uma dispensabilidade do uso do direito penal e do aparato judicial, sem que isso represente impunidade ou dupla penalização do acusado.

⁴⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

⁴¹ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 46.

⁴² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 38.

3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Pelas razões já esposadas e entendendo que os conflitos são inerentes à vida em sociedade, emerge a necessidade de buscar meios alternativos para administrá-los, demonstrando-se a Justiça Restaurativa como um desses caminhos, vez que se apresenta como um modelo oposto ao sistema de justiça criminal tal qual temos hoje⁴³. Este modelo vem sendo construído a partir das falhas do sistema em voga e busca reduzir o impacto dos crimes nos cidadãos.

Assim, a Justiça Restaurativa se mostra como um paradigma alternativo, reconhece o crime como um conflito humano e propõe um modelo penal mais reparador e integrador. Para Raquel Tiveron⁴⁴, este modelo de justiça promove uma intervenção tridimensional sobre o crime, na medida em que busca a reparação dos danos patrimoniais e emocionais das vítimas, com a responsabilização e reintegração do ofensor e através da participação comunitária no processo.

De igual modo, Leonardo Sica⁴⁵ indica que, dentre os propósitos restaurativos, está a construção de respostas ao crime que proporcionem a transformação da relação tradicional entre ofensor, vítima, comunidade e mesmo entre estes e o sistema de justiça e de governo.

Para melhor elucidação acerca deste método alternativo de administração dos conflitos, é necessário conhecer em que ele consiste, seus valores e concepção, como faremos a seguir.

⁴³ É importante salientar que o modelo proposto não tem, por objetivo, substituir o sistema vigente/atual, haja vista que para determinados conflitos persiste a necessidade do uso do direito penal nos termos da legislação vigente. Neste sentido, a autora Raffaella Pallamolla adverte que "Por outro lado, deve-se manter o sistema de justiça criminal para que sejam preservadas suas virtudes historicamente reconhecidas do limite do poder de punir e garantias fundamentais". PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 84.

⁴⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 31.

⁴⁵ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

3.1 O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa pode ser entendida como um movimento internamente complexo que não possui um conceito definido. Isso porque, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas, houve mudanças nos valores e objetivos desejados, de modo que os teóricos ainda não trabalham com um conceito único. Neste contexto, para melhor compreensão da proposta deste trabalho, é necessário conhecer os possíveis significados para o tema, construído por diferentes autores.

De acordo com Raffaella Pallamolla, embora exista uma dificuldade em conceituar a Justiça Restaurativa, existe certo consenso entre boa parte dos autores que trabalham o tema em torno da definição apresentada por Tony Marshall, que assim define: “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse e determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”⁴⁶.

Contudo, Daniel Achutti⁴⁷, utilizando dos ensinamentos de Braithwaite e Walgrave, aponta que esta definição é alvo de críticas, em razão de não mencionar quem ou o quê deve ser restaurado, não definir os valores centrais da Justiça Restaurativa e não estabelecer se o resultado do processo deve ser reparativo ou restaurativo, excluindo ações que conduzem a resultados reparativos, sem a participação conjunta das partes.

Alguns documentos internacionais também buscam delimitar o conceito da Justiça Restaurativa, a exemplo da Declaração da ONU relativa aos “Princípios Fundamentais da Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal” que destaca que a restauração é⁴⁸:

um processo no qual a vítima, o infractor e/ou outros indivíduos ou membros da comunidade afectados por um crime participam activamente e em

⁴⁶ MARSHALL, Tony, apud PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 54.

⁴⁷ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53

⁴⁸ Declaração da ONU relativa aos Princípios Fundamentais da Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal apud OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 56.

conjunto na resolução das questões resultantes daquele, com a ajuda de um terceiro imparcial.

De igual modo, a Resolução 2002/12 da ONU traz conceitos para determinadas terminologias, definindo que⁴⁹:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

Para Gerry Johnstone e Daniel Van Ness, a Justiça Restaurativa é⁵⁰:

um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos

De igual modo, Van Ness e Strong⁵¹ entendem que:

não há um órgão encarregado de determinar o que é e o que não é justiça restaurativa: este campo se desenvolveu aos poucos, ao longo de um período temporal e em diferentes locais ao redor do mundo. O que é considerado restaurativo hoje se desenvolveu de forma independente do pensamento e da teoria restaurativa, e veio influenciar e ser influenciado pelas tentativas de conciliações dos teóricos da área.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2002, de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Disponível em:

http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

⁵⁰ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. apud ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

⁵¹ VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. apud ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

Mylène Jaccoud, mesmo entendendo que a justiça restaurativa concebe uma pluralidade de objetivos, define que⁵²:

[...] justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a este.

O Departamento de Justiça do Ministério da Justiça do Canadá construiu um documento referencial onde define que a “justiça restaurativa é uma abordagem do crime focada em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades”⁵³.

Em razão de possuir um conceito aberto, a Justiça Restaurativa pode ser utilizada com diferentes objetivos, importando sinalizar aqui as três concepções⁵⁴ deste método de resolução de conflitos analisados por Gerry Johnstone e Daniel Van Ness.

Na concepção do encontro, de acordo com Raffaella Pallamolla, às partes envolvidas deve ser dada a oportunidade de um encontro, na presença de um facilitador, em um ambiente dominado por especialistas da área, como advogados e juízes, e não completamente formal. Assim, a vítima e ofensor assumem uma posição ativa na tomada das decisões sobre o que deve ser feito em relação ao delito ocorrido, afastando-se da justiça criminal comum, onde o juiz aplica/impõe uma pena, e é concedido às partes a oportunidade de se sentirem tratadas de forma mais justa⁵⁵.

Na concepção da reparação, objetiva-se que a vítima seja reparada material e/ou simbolicamente pelo ofensor. Deste modo, é necessário que sejam realizados encontros onde a vítima poderá expressar o que sente em relação ao delito,

⁵² JACCOUD, Mylène apud SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁵³ DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO CANADÁ apud SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁵⁴ É necessário esclarecer que embora tenham focos distintos, todas as três concepções possuem pontos em comum, chegando a alertar Raffaella Pallamolla que, na prática, nem sempre é possível determinar em qual das concepções está inserida determinada prática.

⁵⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 55/57.

questionar o ofensor sobre a sua atitude e dar a oportunidade do imputado se desculpar e, até mesmo, concordar em reparar os danos causados. Para os adeptos desta teoria, o sistema deve buscar soluções que privilegiem a reparação, mesmo nos casos em que não seja possível o encontro entre as partes⁵⁶.

Raffaella Pallamolla⁵⁷, realizando um comparativo entre as duas teorias, afirma que:

[...] enquanto os adeptos da concepção do encontro voltam-se para os valores restaurativos, os adeptos desta concepção referem-se a princípios restaurativos. Dentre os diferentes princípios enumerados, encontram-se: a justiça deve agir de forma a 'curar' vítimas, ofensores e a comunidade atingida pelo delito; todos (vítimas, ofensor e comunidade) devem ter a oportunidade de se envolver no processo de justiça; e a necessidade de repensar os papéis e responsabilidades da comunidade e do governo na promoção da justiça.

Noutro giro, visualizando a justiça restaurativa através da concepção da transformação, acredita-se que o seu objetivo principal seria a mudança da maneira como as pessoas se veem e se relacionam, seria uma nova forma de vida, na qual haveria também uma mudança na linguagem atrelada à seara penal⁵⁸.

Raffaella Pallamolla⁵⁹ indica que:

[...] não existe uma única resposta para a pergunta 'o que significa justiça restaurativa' e sim várias respostas: para alguns ela será um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma mudança na concepção da justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros, ainda, dirão que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa. Por fim, há quem diga que busca uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente

Leonardo Sica salienta que é possível entender como prática restaurativa, qualquer ação que tenha, por objetivo, fazer justiça por meio da reparação do dano causado em razão do crime⁶⁰.

⁵⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 57/58.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 58.

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 59.

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 60.

⁶⁰ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

Assim sendo, é possível entender que a Justiça Restaurativa possui um conceito aberto, fluído, renovável e desenvolvidO através da experiência, podendo admitir diferentes objetivos⁶¹. É certo que a falta de consenso acerca do conceito de Justiça Restaurativa dificulta a delimitação dos seus objetivos, efeitos e principais funções, contudo, é justamente essa característica do movimento que possibilita que suas práticas sejam utilizadas em diversas situações, mesmo em âmbitos não judiciais, como na resolução de conflitos empresariais, escolares e hospitalares⁶².

Ademais, importa destacar que, de acordo com Howard Zehr,⁶³ embora o termo abarque uma diversidade de programas e práticas, em essência a Justiça Restaurativa consiste numa série de princípios, uma filosofia, um conjunto alternativo de perguntas guias, fornecendo um esquema de pensamento alternativo para abordar o delito. Neste sentido, o autor apresenta a seguinte definição⁶⁴:

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.

Neste sentido, é importante registrar os ensinamentos de Leonardo Sica, quando enfatiza que a riqueza da Justiça Restaurativa consiste justamente na diversidade e flexibilidade que ela carrega, o que permite que seja aplicada em diferentes cenários sociais, de modo que, “procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista” do tema⁶⁵.

⁶¹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 54.

⁶² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

⁶³ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 7. No original: “Aunque el término ‘justicia restaurativa’ abarca una diversidad de programas y prácticas, en esencia consiste en una serie de principios, una filosofía, un conjunto alternativo de ‘preguntas guía’. En último término, la justicia restaurativa proporciona un esquema de pensamiento alternativo para abordar el delito”.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 45.

⁶⁵ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16.

3.2 OS PILARES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A proposta da Justiça Restaurativa é promover o diálogo entre as partes envolvidas no evento delituoso, no intuito que essas possam relatar a sua versão sobre o ocorrido e, posteriormente, definam a melhor maneira de solucionarem os danos causados. Em sendo assim, não é possível determinar padrões de técnicas a serem seguidas pelos seus operadores, cada conflito possui suas particularidades, de modo que, para cada um, haverá uma deliberação, sendo realizada a “justiça” para cada caso concreto⁶⁶.

De acordo com Rodrigo de Azevedo,⁶⁷ há diversas práticas restaurativas, chegando a afirmar o autor que:

A idéia de uma justiça restaurativa aplica-se a práticas de resolução de conflitos baseadas em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais ativo envolvimento das partes no processo, a fim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como as suas repercussões futuras.

Assim, sob o olhar da justiça restaurativa, o crime é visto como ofensa contra as pessoas, a comunidade e as relações interpessoais e, de acordo com Howard Zehr, dentro deste método de resolução dos conflitos, entende-se que as ofensas geram obrigações, e através da ação conjunta de vítimas, infratores e atores da comunidade, busca-se uma forma de alterar o dano causado pelo delito, de modo que se objetiva garantir as necessidades das vítimas e responsabilidade ativa do ofensor. Neste sentido, o autor conclui que: “El objetivo de la justicia restaurativa es generar una experiencia que sea sanadora para todos los involucrados”⁶⁸.

Assim, partindo do pressuposto de que os processos restaurativos podem utilizar diferentes métodos, a depender do contexto, cultura local e necessidades dos envolvidos, mas entendendo que eles constituem uma forma alternativa de

⁶⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁶⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. apud PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 54.

⁶⁸ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 27/30.

solucionarem os conflitos sociais utilizando a mesma concepção, busca-se neste momento delinear os pilares que norteiam as práticas restaurativas.

De acordo com Howard Zehr⁶⁹, os três pilares fundamentais da justiça restaurativa são o dano e as necessidades advindas dele; as obrigações que ele origina, bem como as que lhe deram origem; e a participação de todas as pessoas que tenham interesse neste conflito e na sua reparação. Assim, o autor afirma que:

La justicia restaurativa requiere, como mínimo, que atendamos los daños y necesidades de las víctimas, que instemos a los ofensores a cumplir con su obligación de reparar esos daños, e incluyamos a víctimas, ofensores y comunidades en este proceso.

O encontro restaurativo deve ter por objetivo⁷⁰ tratar os danos decorrentes do delito, bem como as causas deste, sendo concedido ao ofensor a possibilidade de reparar os danos causados à vítima e, eventualmente, à comunidade afetada⁷¹. Esta reparação pode ser material ou simbólica e é construída para cada caso concreto, diante das suas particularidades⁷².

Na mesma linha, também é necessário tratar as causas do conflito, sendo esta uma outra forma de olhar para as necessidades das vítimas, isso porque, de acordo com os ensinamentos de Howard Zehr⁷³, os ofendidos querem ter a segurança de que estarão adotando decisões que irão reduzir os danos causados pelo delito não só para si, mas também pelo bem dos demais.

⁶⁹ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 31.

⁷⁰ Pontue-se aqui que, em alguns casos, os ofensores se veem como vítimas e isso também precisa ser tratado, tornando-se mais um objetivo do encontro restaurativo. Isso porque, esta pode ser uma razão para a prática do delito, além disso, não atingiríamos os fins restaurativos apenas reparando os danos ocasionados às vítimas. Registre-se que o fato de percebermos a necessidade do ofensor, não afasta a responsabilidade dele, este será apenas mais um objeto da prática restaurativa naquele conflito. Neste sentido, é a explicação de Howard Zher, utilizando como fundamentos os ensinamentos do ex-psiquiatra penal e professor da Universidade de Harvard, James Gilligan: “El hecho de verse a sí mismo como víctima no absuelve al ofensor de la responsabilidad por su comportamiento delictivo. Sin embargo, si Gilligan está en lo correcto, tampoco podemos esperar que el comportamiento delictivo cese si no tratamos antes este sentido de victimización”. ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 38.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 37.

⁷² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁷³ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 37.

Convém destacar, que o conceito de dano, no âmbito restaurativo, assume grandes dimensões, na medida em que abrange os sofrimentos e prejuízos emocionais, materiais e psicológicos decorrentes do fato, incluindo, ainda, os sofridos pelo autor⁷⁴. Deste modo, o acordo restaurativo pode ter dimensão material ou simbólica, podendo resultar na restituição econômica da vítima, na prática de trabalhos em benefício da comunidade e em ações que busquem a reparação psicológica dos envolvidos. Neste sentido, Cristina de Oliveira relata que⁷⁵:

(...) se a ofensa pode alcançar a esfera mais íntima dos sujeitos, causando-lhes sofrimentos psicológicos, torna-se essencial que o arrependimento pelo ato praticado gere um acordo cujo objetivo seja um pedido de desculpas, simbolizando, para além do perdão da vítima, a retomada do diálogo entre as partes.

Ademais, para se alcançar o acordo restaurativo, deve-se observar os princípios e fins da Justiça Restaurativa, mas entendendo que estes não podem ser estáticos, na medida em que cada caso concreto terá suas particularidades e necessidades específicas. Neste sentido, mesmo reconhecendo que há certa dificuldade em elencar princípios restaurativos em razão da variedade de programas e tendo em vista que o modelo restaurativo ainda se encontra em elaboração, Leonardo Sica⁷⁶ reconhece três princípios básicos, sendo eles:

- o crime é primariamente um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima e/ou à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, é uma transgressão da lei;
- o objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime;
- o sistema de justiça criminal deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.

De igual modo, com acréscimo de ideias, Howard Zehr elenca cinco princípios chaves para a filosofia restaurativa, entendendo que a ideia central é alterar ou solucionar a ofensa e os danos causados e, a partir daí os princípios seriam voltados

⁷⁴ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 70.

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 71

⁷⁶ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 33.

para alcançar um acordo que atenda da melhor forma as partes envolvidas. São eles⁷⁷:

1. Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también de las comunidades y de los ofensores.
2. Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.
3. Usar procesos incluyentes y colaborativos.
4. Involucrar a todos aquellos que tengan un interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.
5. Procurar enmendar el mal causado.

Contudo, para aplicação destes princípios restaurativos, de acordo com Howard Zehr, é necessário que eles estejam arraigados em determinados valores básicos. Assim, partindo da ideia de que os elementos principais da justiça restaurativa (entendidos como os danos, necessidades, obrigação e participação), resultam da concepção de que enquanto pessoas, estamos unidos uns aos outros e com o resto do mundo através de uma rede de relações e, se esta rede é rompida, todos sentiremos os efeitos⁷⁸, este autor identifica o respeito como principal valor a ser adotado na prática restaurativa, devendo guiar os princípios dentro deste procedimento. Segue o escrito afirmando que⁷⁹:

(...) Si tuviera que resumir la justicia restaurativa en una sola palabra, preferiría el respeto: el respeto por todos, incluso por aquellos que son distintos de nosotros o por aquellos que parecen ser nuestros enemigos. El respeto nos recuerda nuestra interdependencia pero también nuestras particularidades. El respeto nos insta a equilibrar nuestros propios intereses con los de todas las demás partes.

Nesta linha de intelecção, Howard Zehr entende que para alcançar o acordo restaurativo, a partir do respeito, seguindo os pilares, valores e princípios propostos, é necessário observar, também, outras dez diretrizes nos encontros restaurativos, o que contribuirá para alcançar a solução mais adequada para cada caso concreto. Deste modo, o autor descreve as seguintes diretrizes⁸⁰:

⁷⁷ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 40/41.

⁷⁸ Idem, ibidem, p. 43.

⁷⁹ Idem, ibidem, p. 44.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 50.

1. Centrarse en los daños ocasionados por el delito, más que en las reglas violadas.
2. Demostrar el mismo interés y compromiso hacia víctimas y ofensores, involucrando a ambas partes en el proceso de justicia.
3. Trabajar por la restauración de las víctimas, ayudándoles a recuperar su sentido de control y atendiendo las necesidades que ellas mismas vayan percibiendo.
4. Apoyar a los ofensores, junto con motivarles para que entiendan, acepten y cumplan con sus obligaciones.
5. Reconocer que, aun cuando las obligaciones de los ofensores puedan ser difíciles de cumplir, éstas no deben ser concebidas como castigo y deben ser realizables.
6. Generar oportunidades para el diálogo directo o indirecto entre víctimas y ofensores cuando sea apropiado.
7. Encontrar medios efectivos para comprometer a la comunidad y abordar las condiciones que dan origen al crimen dentro de la comunidad.
8. Estimular la colaboración y la reintegración, tanto de víctimas como de ofensores, en lugar de la coerción y el aislamiento.
9. Prestar atención a las consecuencias imprevistas de nuestras acciones y programas.
10. Demostrar respeto hacia todas las partes: víctimas, ofensores, colegas del sistema de justicia.

Noutro giro, Braithwaite, Van Ness e Strong sugerem outros valores restaurativos e realizam classificações distintas, sendo importante realizar a análise destes modelos.

John Braithwaite, utilizando como fonte os valores postos em tratados internacionais que fundamentam os direitos humanos, bem como em valores que aparecem em experiências empíricas, onde houve a oportunidade de ouvir o que vítimas e ofensores desejavam de um processo restaurativo na justiça criminal⁸¹, sugere a divisão dos valores em três grupos, sendo alguns de caráter obrigatório, outros que devem ser encorajados e outros que resultam de encontros restaurativos bem sucedidos, mas que devem acontecer de modo natural e não imposto⁸².

Assim, o primeiro grupo é denominado de “constraining values”, e é tido como obrigatório, pois a sua inobservância pode comprometer o caráter restaurativo dos encontros, podendo, inclusive, tornar o processo opressivo. De acordo com Raffaella Pallamolla estes valores são prioritários e asseguram o procedimento restaurativo. Fazem parte desta classe os seguintes valores:

⁸¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 61.

⁸² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

1. Não dominação: É comum percebermos dominação das relações interpessoais e o procedimento restaurativo não está afastado disso. Deste modo, é a justiça restaurativa deve buscar minimizar as diferenças de poder existente e, de acordo com o autor, os próprios membros participantes do procedimento é que devem perceber a dominação e dar voz a quem está sendo dominado e apenas em última hipótese é que o facilitador poderá intervir.
2. Empoderamento: As partes devem atuar de maneira livre, sendo objetivado no encontro restaurativo que as pessoas consigam expressar seus sentimentos e desejos naquela ocasião⁸³. Nos dizeres de Raffaella Palamolla⁸⁴, este princípio considera que os participantes “têm o ‘poder’ de contar suas histórias a sua maneira, a fim de revelarem sua impressão quanto à injustiça sofrida e como eles gostariam que esta fosse reparada. Trata-se de dar voz aos implicados e compreender seus pontos de vista.”
3. Respeito aos limites: Os resultados restaurativos devem observar os limites máximos previstos na legislação⁸⁵, logo, as decisões não podem causar degradação ou humilhação ao ofensor⁸⁶.
4. Escuta respeitosa: Através deste, entende-se que as partes devem respeitar a fala dos outros, do contrário facilmente ocorreria uma dominação⁸⁷. Pallamolla⁸⁸ acrescenta que: “Escutar o outro respeitosamente é condição de participação, e se não for cumprida, o participante é convidado a se retirar, pois seu empoderamento excessivo obstaculiza o empoderamento dos demais.”
5. Preocupação igualitária com todos os participantes: O acordo restaurativo deve ser fruto de um procedimento igualitário, onde todos os envolvidos

⁸³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

⁸⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 62.

⁸⁵ Idem, ibidem. p. 62.

⁸⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

⁸⁷ Idem, ibidem. p. 69.

⁸⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 63.

(vítima, ofensor e comunidade) sejam realmente ouvidos e seus pontos de vista sejam levados em consideração⁸⁹.

6. Accountability, appealability: De acordo com Raffaella Pallamolla⁹⁰ este é o princípio mais defendido por Brathwaite. A partir dele, extrai-se que as pessoas envolvidas no processo podem optar por passar por um procedimento restaurativo ou seguir no sistema tradicional de justiça, sendo imprescindível o apoio de advogado, qualquer que seja a escolha.
7. Respeito aos direitos humanos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração os princípios básicos da justiça para as vítimas de crime e abuso de poder, assim como nos demais acordos internacionais⁹¹⁹².

No segundo grupo de valores estão aqueles que não são obrigatórios, podem ser dispensados pelas partes, mas devem ser encorajados pelos facilitadores. Tratam-se de valores relacionados aos possíveis objetivos dos encontros restaurativos, são aqueles que visam a restauração do dano ocasionado pelo delito (podendo ser a restauração material ou simbólica), bem como a prevenção de futuras injustiças⁹³.

Na terceira classe, estão incluídos os valores que não são obrigatórios e devem surgir de forma espontânea através da atuação dos envolvidos. São aqueles visualizados quando o encontro é efetivamente bem sucedido, trata-se, portanto, de sentimentos como remorso pela injustiça causada, pedido de desculpas, o perdão pelo ato e outras ações neste sentido⁹⁴.

Por sua vez, Daniel W. Van Ness e Karen Heetderks Strong dividiram os valores que devem ser empregados na prática restaurativa em dois grupos. O primeiro grupo são os valores normativos, contendo nele a responsabilidade ativa; a

⁸⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

⁹⁰ Idem, ibidem, p. 63/64.

⁹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 68.

⁹² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

⁹³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 64.

⁹⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

vida social pacífica; o respeito e a solidariedade. Noutra toada, o segundo grupo é composto de dez valores operacionais e são os seguintes: reparação, assistência, colaboração, empoderamento, encontro, inclusão, educação moral, proteção, reintegração e resolução⁹⁵.

Estes autores, quando elecam valores não pretendem delimitar o âmbito restaurativo, mas pretendem indicar “ uma regulação deliberativa em que tenhamos clareza sobre os valores que esperamos que a justiça restaurativa compreenda.”⁹⁶

Convém sinalizar, ainda, que a ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) através do Conselho Social e Económico, na Resolução n 2002/12⁹⁷, já vista neste trabalho, estabeleceu princípios básicos sobre o uso da restaurativa. Estes princípios servem como orientações para os Estados-membros que desejam implementar a Justiça Restaurativa em seus países⁹⁸.

Diante destes valores e princípios - mesmo propostos de diferentes formas e por autores diferentes-, é possível constatar que a justiça restaurativa se mostra como método alternativo para solucionar os conflitos que ocorrem na sociedade, portanto, ela se volta para as consequências do delito e busca solucionar/resolver/diminuir os danos ocasionados pelo crime. Deste modo, afastando-se do pensamento exclusivamente punitivo e do modo que hoje a justiça criminal é realizada - visualizando a vítima como objeto e tendo o crime como uma violação à lei e aos bens jurídicos tutelados por estas-, o procedimento restaurativo insere a vítima e a comunidade afetada na busca da solução do conflito, proporcionando a estas um momento de fala e a oportunidade de expor seu abalo emocional e psicológico.

⁹⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

⁹⁶ BRAITHWAITE, John apud ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

⁹⁷ Esta resolução é dividida em cinco seções e aborda a definição, o uso e operação dos programas de justiça restaurativa, os facilitadores e o desenvolvimento contínuo dos programas. Não delimita os princípios e valores, mas traz orientações aos países que desejam utilizar a prática restaurativa no âmbito da justiça penal.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2002, de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Disponível em:

http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

Por esta razão, o diálogo se mostra como marca fundamental dentro da prática restaurativa⁹⁹ e, apesar de alguns autores defenderem a possibilidade da coerção judicial com a finalidade de reparação da vítima, entendendo que neste caso a coerção seria um meio para chegar-se a um fim restaurativo¹⁰⁰, para a maioria dos autores, a exemplo de Raffaella Pallamolla, para atingir as finalidades da justiça restaurativa é necessário que haja voluntariedade na participação dos envolvidos, uma vez que, neste paradigma, o ofensor é tratado como sujeito capaz de reconhecer sua ação, responsabilidade e reparar o dano causado¹⁰¹.

Por outro lado, é certo que, como adverte Pallamolla¹⁰², a participação voluntária do acusado pode ser questionada, na medida em que:

(...) o ofensor (quase) sempre estará sujeito a pressões informais, como de sua família e/ou comunidade. Ademais, há que se considerar que, provavelmente, sua adesão a um programa restaurativo estará parcialmente condicionada ao temor de ser sujeitado a um processo penal e receber uma pena, ou seja: “justiça restaurativa completamente voluntária talvez seja um ideal fantasioso”.

Ademais, não é possível afirmar que em todos os casos as vítimas serão emocionalmente restituídas de forma integral¹⁰³. Todavia, certamente, dada a

⁹⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 106.

¹⁰⁰ De acordo com Raffaella Pallamolla os adeptos do modelo maximalistas reconhecem a possibilidade da coerção judicial para ordenar a reparação do ofensor a vítima, quando o procedimento voluntário não for possível. Contudo, a autora indica que não parece correto a imposição da restauração através da restituição e afirma que: “Impor a restauração, significa possibilitar que a reparação se transforme facilmente em mais um instrumento de punição que estará à disposição do sistema de justiça criminal, uma vez que este sistema possui uma racionalidade direcionada à punição do ofensor (delinquente) e não à reparação do dano à vítima, o que equivale dizer que a reparação assumirá as características da punição, não cumprindo, assim, com as finalidades restaurativas”. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 81/83.

¹⁰¹ A autora segue afirmando que “Assim, se a justiça restaurativa pretende conferir tratamento diverso do sistema de justiça criminal aos infratores (e também às vítimas), ela não deve abrir mão da voluntariedade do ato reparador, sob pena de ‘objetificar’ o ofensor, transformá-lo num meio para atingir o fim reparador e, talvez, comprometer o caráter da reparação”. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 84.

¹⁰² Idem, ibidem, p. 83.

¹⁰³ Neste sentido informa Howard Zher: “El proceso de sanar a una víctima puede verse fortalecido si un ofensor actúa para enmendar el daño causado, ya sea de manera concreta o simbólica. Sin embargo, muchas víctimas miran con desconfianza el término “sanación”, porque parece referirse a un proceso de carácter definitivo y final. Recorrer ese camino es tarea exclusiva de las víctimas—nadie lo puede hacer por ellas—; pero un esfuerzo por enmendar el daño puede ayudar en el proceso, aunque nunca podrá restaurar totalmente a la víctima”. ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 34/36.

oportunidade dela ser ouvida, de escutar a outra parte (ofensor) e de passar por um procedimento onde pode contribuir para a solução, terá uma resposta melhor do que a obtida no procedimento criminal comum.

3.3 OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA¹⁰⁴

Como visto, a Justiça Restaurativa surge como novo paradigma, volta seu olhar para as consequências do crime, abre um espaço para que a vítima exponha seus sentimentos e dá a oportunidade para que o autor dos fatos possa assumir a responsabilidade por seus atos, e busque reparar o dano causado.

Assim, dentro desta estrutura, os conflitos serão resolvidos de acordo com a decisão dos envolvidos, construindo-se uma resposta para cada caso concreto. Neste ponto, a Justiça Restaurativa se distancia do sistema criminal empregado atualmente, vez que neste são criados padrões de sentenças e a pena é tida como única solução possível para reprimir a prática de crimes. Nesta linha, Raquel Tiveron informa que¹⁰⁵:

Num acordo restaurativo, as soluções são lastreadas na diversidade, com alta sensibilidade para as condições locais e pessoais da ofensa e de suas circunstâncias. Uma vez cada conflito é único, sentenças padronizadas não seriam adequadas para sua solução, embora situações semelhantes anteriores possam servir como base para a construção de uma resposta.

No procedimento restaurativo, afasta-se a ideia de simples aplicação objetiva da lei, inclui-se as necessidades da vítima, e propicia-se um momento de fala do autor¹⁰⁶, sendo todas essas ações voltadas à busca de meios para solucionar a situação conflituosa, e não apenas atribuir culpa a um sujeito¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Não se pretende aqui esgotar todos os possíveis benefícios advindos com a inclusão da Justiça Restaurativa na justiça criminal, mas apontar os principais.

¹⁰⁵ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 53.

¹⁰⁶ A autora Cristina de Oliveira informa ainda que "(...) o crime deixa de ser concebido enquanto ofensa a um bem jurídico pelo desentendimento de uma norma abstratamente veiculada (ou seja, enquanto infração estatal decorrente de violação da lei), para traduzir-se numa ruptura do relacionamento entre os sujeitos". OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 59.

¹⁰⁷ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

Dentro desta dinâmica, as partes compreendem que possuem um lugar de fala e conseguem entender o crime sob um novo olhar, de modo que a vítima não precisa passar por um processo de revitimização,¹⁰⁸ e ao autor é dado o momento de reconhecer sua ação e perceber a necessidade de se responsabilizar pelo seu ato. Neste sentido, de acordo com Daniel Achutti¹⁰⁹, a ideia central do paradigma restaurativo “está na pretensão de atribuir aos principais interessados - vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito - os recursos suficientes para reagir à infração.”

Neste panorama, Howard Zehr¹¹⁰ acrescenta que o encontro restaurativo concede a oportunidade da vítima explicar ao autor seus impactos emocionais e materiais, tendo a chance de realizar perguntas a este, ao tempo que permite que o ofensor assuma a responsabilidade por suas ações, demonstre arrependimento e peça perdão.

De igual modo, Raffaella Pallamolla¹¹¹, valendo-se do quadro comparativo realizado por Lode Walgrave, no qual são postas divergências entre as três formas de direito de que pode se valer a justiça - o direito penal, o reabilitador e o restaurativo-, entende que o modelo reparador é o único capaz de enfatizar os prejuízos advindos do delito, enquanto pretende restaurar a situação por meio da reparação. A autora acrescenta que neste procedimento a vítima possui lugar central, e o ofensor participa do processo para realçar a importância da reparação.

Raquel Tiveron assevera, também, que a justiça restaurativa se opõe ao ideário meramente retributivo da pena, na medida em que busca restabelecer a situação violada. Neste sentido, aduz que¹¹²:

¹⁰⁸ Neste ponto, convém salientar que a vitimologia demonstra que o atual sistema penal “ ignora a vítima e suas necessidades – já que as vítimas, muitas vezes, querem apenas que o dano seja ressarcido, que o ofensor lhe dê explicações para que possa compreender o ocorrido, ou, ainda, que receba um pedido de desculpas – e, com isso, atua de forma a revitimizá-la, deixando-lhe uma única saída: recorrer ao processo penal e pedir a punição do ofensor e com isso satisfazer-se, mesmo sem ter participado ou contribuído para o processo e seu desfecho (...).” PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 52.

¹⁰⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

¹¹⁰ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 200, p. 33.

¹¹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 74.

¹¹² TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 60.

Ao substituir a ideia de retribuição pela de reparação, a justiça restaurativa busca atitudes positivas, verdadeiramente úteis e de baixos custos sociais (a chamada “restituição criativa”), cujo foco está em ações futuras, ao invés de condutas do passado, sintonizando as exigências sociais e expectativas em torno de uma solução do crime.

Ademais, de acordo com Howard Zehr, o sistema criminal atual não permite uma verdadeira responsabilidade ativa do autor do crime. Isso porque, dentro deste procedimento, o Estado se preocupa com a responsabilização do ofensor e busca empregar o castigo necessário pelo ato praticado, mas não dá a oportunidade dele reconhecer as consequências das suas ações. O autor continua afirmando que¹¹³:

Esta responsabilidad activa requiere que el ofensor reconozca el mal que ha causado. Implica, además, motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle a dar passos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible. Esta responsabilidad activa, según se afirma, es mejor para las víctimas, para la sociedad y para los ofensores.

Outrossim, este sociólogo acrescenta que, além da reparação material, há um reconhecimento simbólico na restituição, uma forma de resposta emocional à vítima. Nas suas palavras¹¹⁴:

Muchas veces la restitución por parte de los ofensores resulta ser importante para las víctimas, lo que a veces se debe a las pérdidas materiales en sí. Sin embargo, el reconocimiento simbólico representado en la restitución es igualmente importante. Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial, en cierto modo está diciendo: ‘Reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa’.

Nota-se, portanto, que a Justiça Restaurativa não se inclui no senso jurídico penal de punição. Ela se apresenta como modelo restaurativo integrador, baseado numa atuação interdisciplinar e psicossocial¹¹⁵.

¹¹³ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 22.

¹¹⁴Idem, ibidem, p. 20.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa do 2º Grau**. 2018. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/JR%20Cartilha.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019, p. 14.

Noutro giro, de acordo com Raquel Tiveron¹¹⁶, a Justiça Restaurativa também pode auxiliar na resposta à crise de legitimidade do poder punitivo estatal, levantando a autora três aspectos de colaboração, sendo eles:

(...) diminuindo a violência estatal representada pela pena (mediante a apresentação de alternativas para reparação, que não as penas excessivas e inutilmente aflitivas); minimizando o impacto da seletividade das condutas criminosas (visto que confere voz e poder decisório aos excluídos, dando-lhes substancial acesso à justiça) e mitigando (ou eliminando) os “custos das injustiças”, na expressão de Ferrajoli, uma vez que o acordo restaurativo, com suas implicações, comente é firmado se contar com a voluntariedade e o consenso do autor do fato.

Neste caminho, também é possível entender que práticas restaurativas operam uma “transformação na busca dos objetivos e resultados desejados pelo sistema criminal”¹¹⁷, sendo, também, um meio de prevenir a ocorrência de novas infrações penais.

Além disso, as práticas restaurativas se sobrepõem à ineficácia dissuasória da pena de prisão aplicada no sistema criminal tradicional, uma vez que propiciam “melhor sincronização entre controle social formal e informal, como o envolvimento ativo da comunidade, da família e dos que estão entorno do ofensor.”¹¹⁸

De igual modo, também é possível afirmar que a Justiça Restaurativa assegura os direitos humanos e o exercício da cidadania, uma vez que objetiva, especialmente, a satisfação efetiva da vítima, conta com a participação da comunidade e busca realizar a inclusão social do autor¹¹⁹.

Sabe-se que, ainda, não há um sistema de justiça inteiramente restaurativo, de modo que, as práticas restaurativas podem ser aplicadas em diferentes momentos da persecução penal. Em razão disso, o emprego da Justiça Restaurativa poderá ocasionar diferentes consequências no procedimento. Raffaella Pallamolla¹²⁰,

¹¹⁶ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 54.

¹¹⁷ JESUS, Joalice Maria Guimarães de. Experiências significativas de Justiça Restaurativa. **Revista Consenso**, Salvador, v. 1, ano.1, p. 6/30, out. 2017.

¹¹⁸ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 79.

¹¹⁹ JESUS, Joalice Maria Guimarães de. Experiências significativas de Justiça Restaurativa. **Revista Consenso**, Salvador, v. 1, ano.1, p. 6/30, out. 2017.

¹²⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 104.

utilizando os resultados da pesquisa realizada por David Miers, quando este realizou análise de programas restaurativos europeus, enumera possíveis efeitos de uma intervenção restaurativa bem sucedida. São eles:

- extinção do procedimento criminal (dependendo de determinadas condições relativas ao tipo de delito praticado) se o ofensor aceitar a responsabilidade pelo ato e comprometer-se em efetuar a reparação;
- suspensão provisória do processo por um tempo determinado, vinculada ao cumprimento do acordo reparador e de boa conduta do ofensor;
- efeito de diversão na fase pré-acusatória;
- arquivamento da queixa se o ofensor cumprir o acordo reparador;
- resultado da mediação levado em consideração na sentença;
- resultado da mediação enquanto parte do processo decisório;
- adiamento, substituição ou redução da sentença se o ofensor cumprir o acordo restaurador.

Por fim, importa mencionar que é possível que com a introdução da Justiça Restaurativa no procedimento criminal, sejam reduzidos os custos da persecução penal ao Estado, uma vez que seriam diminuídos, de forma significativa, o número de pessoas encarceradas. Registre-se, que, de acordo com o Relatório de Gestão do sistema carcerário e medidas socioeducativas de 2017¹²¹, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, uma pessoa em privação de liberdade custa ao Estado, em média, R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao mês.

Em síntese, pelos pontos demonstrados, é possível dizer que a Justiça Restaurativa se apresenta como novo paradigma, que busca viabilizar a convivência social na cultura da paz e intervém nas infrações penais de modo integrador e consciente, respeitando os direitos e necessidades de todos os envolvidos no delito. Dessa maneira, sua aplicação diverge e se afasta da cultura exclusivamente positivista, retributivista e encarceradora, algo necessário dentro do cenário atual que, como demonstrado neste trabalho, não tem oferecido bons resultados e consequências à sociedade.

¹²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas** - DMF. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019, p. 53.

3.4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

As práticas restaurativas podem ser empregadas em diferentes momentos da persecução penal, e, deste modo, também podem trazer diferentes consequências ao processo, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo ou da pena, o arquivamento do inquérito policial ou da queixa, caso o ofensor cumpra o acordo, a extinção do processo criminal, dentre outros¹²².

De acordo com Raffaella Pallamolla, os programas restaurativos podem ser aplicados em pelo menos quatro estágios do procedimento do sistema de justiça criminal, são eles¹²³:

- (a) fase policial, ou seja, pré-acusação. O encaminhamento pode ser feito tanto pela polícia quanto pelo Ministério Público;
- (b) fase pós-acusação, mas, usualmente, antes do processo. O encaminhamento é feito pelo Ministério Público;
- (c) etapa do juízo, tanto antes do julgamento quanto ao tempo da sentença. O encaminhamento é feito pelo Tribunal;
- (d) fase da punição, como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão. O encaminhamento é feito pelos encarregados da probation, órgãos correccionais ou pelo próprio órgão prisional. Quando a prática é aplicada após o cumprimento de parte da pena, o encaminhamento é feito pela agência de parole e/ou ONGs.

No Brasil, houve a introdução das práticas restaurativas no ordenamento jurídico, numa fase em que o país passava por mudanças no sentido de democratizar o acesso à justiça. Neste contexto, foi criada a Secretaria da Reforma do Judiciário, que, dentre outros projetos, celebrou um acordo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), denominado “Projeto BRA/05/036 - Fortalecimento da Justiça Brasileira”, no qual foram direcionados recursos financeiros para programas de Justiça Restaurativa¹²⁴.

¹²² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

¹²³ A autora adverte que é possível a aplicação da Justiça Restaurativa nestes momentos, “sem que as regras de encaminhamento sejam necessariamente estabelecidas em lei, bastando haver descrição destas em políticas e acordos entre órgãos governamentais e não governamentais”. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 100/101.

¹²⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 359/361.

Assim, a partir da parceria entre o Poder Judiciário, a Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o PNUD, surgiram os três primeiros projetos de Justiça Restaurativa no Brasil, localizados em Brasília, Porto Alegre e São Caetano do Sul, os quais foram instaurados em diferentes momentos e circunstâncias do sistema criminal brasileiro¹²⁵.

Em São Paulo, o programa iniciou em 2005, e foi intitulado como “Projeto Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania”, e tinha por objetivo evitar que conflitos escolares fossem levados ao judiciário, buscando que estes fossem tratados na própria escola. No início, três colégios se voluntariaram, e foram capacitadas 15 (quinze) pessoas, entre educadores, pais, alunos, assistentes sociais e conselheiros tutelares, na técnica da comunicação não-violenta. Neste primeiro momento, as escolas conseguiam atender apenas os conflitos internos de seus alunos¹²⁶.

O projeto contou também com a parceria da Guarda Municipal, Polícia Militar, com o Programa de Saúde da Família, e com o apoio da Prefeitura, que providenciou a confecção de folhetos de divulgação dos círculos restaurativos e forneceu lanches aos facilitadores¹²⁷.

Em 2006, outras nove escolas foram incluídas no projeto, tendo sido capacitados 50 (cinquenta) facilitadores para operarem nos círculos restaurativos. Com este crescimento, o programa passou a abranger conflitos comunitários, sendo então intitulado “Restaurando justiça na família e na vizinhança: Justiça Restaurativa e comunitária no bairro Nova Gerty”.

Neste contexto, voluntários locais foram capacitados e a própria comunidade passou à posição de liderança do projeto, sendo este um exemplo de democracia deliberativa em âmbito local¹²⁸.

No mesmo ano, o projeto foi expandido e as práticas foram implantadas em Heliópolis e Guarulhos, sendo articulados órgãos da Secretaria de Educação e do

¹²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa. Seminário Justiça Restaurativa.** Brasília, jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019, p. 5.

¹²⁶ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 359/361.

¹²⁷ Idem, ibidem, p. 364.

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 367.

Judiciário. Contudo, de acordo com Raquel Tiveron, em 2007, houve uma interrupção do financiamento da capacitação e apoio técnico dos facilitadores, de modo que o programa foi reduzido.

A autora traz, ainda, dados do Conselho Nacional de Justiça, que aponta que em 2011, com apoio da Secretaria Especial de Direitos Humanos, a iniciativa teria sido ampliada, passando a abranger crimes graves, sendo premiada em novembro de 2012, com o segundo lugar no “I Prêmio CNJ da Infância e da Juventude”¹²⁹.

No Rio Grande do Sul, as práticas restaurativas foram inseridas no projeto intitulado “Justiça para o século 21”, e adotadas nos processos em curso na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, responsável pela execução das medidas sócio-educativas aplicadas no processo de conhecimento (competência da Justiça Instantânea e das 1ª e 2ª Varas Regionais do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre)¹³⁰.

De acordo com Raquel Tiveron, em 13 de agosto de 2004, foi criado o “núcleo de estudos de justiça restaurativa” na Escola Superior da Magistratura da AJURIS (Associação de Juízes do Rio Grande do Sul), tendo iniciado a busca de outros profissionais, dos diferentes estados da federação, para realizarem a formação nesta prática e aplicarem em todo o país.

Com o auxílio de órgãos financiadores, como o Programa Criança Esperança e a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), o projeto passou a ser um programa, sendo inserido em outros contextos, como nas unidades de privação de liberdade da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul (FASE), unidades de medidas socioeducativas de meio aberto, abrigos e escolas.

Na experiência Gaúcha, as práticas restaurativas foram concentradas, inicialmente, na fase de execução das medidas socioeducativas. De acordo com Raquel Tiveron, aos adolescentes internados na Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul (FASE) era oferecida a oportunidade do

¹²⁹ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 368/369.

¹³⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 122.

encontro restaurativo em troca de aplicação de benefícios, como as saídas temporárias¹³¹.

Entre os anos de 2005 e 2006, nos círculos restaurativos, foram atendidos 139 casos. Nestes havia a participação dos adolescentes, familiares, profissionais, técnicos, pessoas com relevância na vida dos menores, direção e monitores das unidades da FASE, mas a vítima não era inserida. Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas em Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Serviço Social da PUCRS, neste período, a maioria dos adolescentes que participaram dos círculos haviam sido condenados por roubo (95 casos), furto (11), homicídio (10), tráfico (7) e latrocínio (6). Em 92,7% dos casos, os círculos restaurativos alcançaram acordo, sendo que 75,6% destes foram cumpridos¹³².

De acordo com Raffaella Pallamolla, em Porto Alegre, nem sempre o momento de aplicação da Justiça Restaurativa foi no cumprimento das medidas socioeducativas impostas. É que havia um Centro de Práticas Restaurativas para o qual foram encaminhados os casos advindos da 1ª, 2ª e 3ª Varas Regionais do Juizado da Infância e Juventude, da Justiça Instantânea, do Ministério Público e do Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA).

Assim, com uso dos dados da pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas em Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Serviço Social da PUCRS, a autora conclui que¹³³:

(...) os tipos de atos infracionais encaminhados aos procedimentos restaurativos no mesmo período (de 2005 a 2007) são bastante variados, abrangendo atos de maior e menor potencial ofensivo, como furto, furto qualificado, lesão corporal, roubo, roubo qualificado, dano, ameaça, havendo, inclusive, alguns casos de homicídio (11, durante os três anos). (...) O total de casos encaminhados nos três anos é de 380, incluindo pré-círculo (preparação do encontro), círculo (realização do encontro, que envolve três etapas: compreensão mútua, autorresponsabilização e acordo) e pós-círculo (acompanhamento do acordo), sendo que 73 casos tiveram um procedimento completo, ou seja, com todas as etapas dos círculos.

¹³¹ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 370.

¹³² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 127/128.

¹³³ Idem, ibidem, p. 125.

De acordo com os dados da Central de Práticas Restaurativas (CPR) do Juizado regional da infância e da juventude, em 2009 foram realizados 120 procedimentos restaurativos, e em 2010 este número quadruplicou, apesar de ter reduzido nos dois anos seguintes¹³⁴.

Em 2013, foi publicado no Estado Gaúcho o Decreto n° 50.413, que criou “procedimentos restaurativos decorrentes da apuração dos atos que violem direitos humanos individuais ou coletivos e instituiu a Câmara Restaurativa Estadual”, que visava adotar tratamento diferenciado aos casos de denúncia de violência praticados por civis e militares vinculados à segurança pública, no âmbito do poder executivo estadual, ou atos praticados contra estas pessoas. Para Raquel Tiveron, este ato é “uma importante semente mutiplicativa da cultura da paz, cultivada dentro da própria administração pública e que demonstra a possibilidade de aplicação dos métodos restaurativos em vários contextos”¹³⁵.

Já a experiência em Brasília teve início em 2005, no âmbito dos Juizados Especiais do Fórum do Núcleo Bandeirante, e as práticas restaurativas foram adotadas nos processos envolvendo infrações criminais de menor potencial ofensivo, cometido por adultos. Nestes casos, enquanto ocorria a aplicação da Justiça Restaurativa, o procedimento criminal ficava suspenso¹³⁶ e era utilizada a prática restaurativa de mediação vítima-ofensor¹³⁷.

De acordo com Raquel Tiveron, de 2005 a 2012, o programa de Justiça Restaurativa atendeu 282 processos, sendo alcançado acordo restaurativo voluntário em 182 destes. O ano de maior demanda foi em 2011, quando foram encaminhados 67 (sessenta e sete) processos e o de menor remessa foi em 2006, contando com 23 (vinte e três) casos anuais.

A autora informa, ainda, que em junho de 2012, o projeto foi expandido, de modo que os mediadores atenderam mais 43 (quarenta e três) casos que lhe foram remetidos, sendo estes pertencentes a população de Platina, que fica localizada no lado oposto a sede do programa inicial.

¹³⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 371/372.

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 373/374.

¹³⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 374/375.

¹³⁷ Idem, ibidem, p. 122.

Em resumo, estes três projetos inseriram a Justiça Restaurativa no país, e a atuação destes fez disseminar, ainda que forma lenta, a implementação de práticas restaurativas nos demais estados do Brasil.

Um marco importante no desenvolvimento das práticas restaurativas no âmbito nacional foi a publicação da Resolução nº 225, em 31 de maio de 2016, pelo Conselho Nacional de Justiça que “Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”¹³⁸. Este documento visou a consolidação da identidade e da qualidade da Justiça Restaurativa definidas de forma normativa, e trouxe importantes definições e delineamentos em seu art. 1º.

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

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

Por meio da mencionada Resolução, restou determinado que todos os Tribunais de Justiça do país deveriam implementar Programas de Justiça Restaurativa, sendo indicado nos arts. 5º e 6º, as atribuições destas Cortes, dentre elas, consta a competência para o desenvolvimento de plano de difusão, expansão, e implantação da Justiça Restaurativa.

¹³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Brasília, 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 8 nov. 2019.

No corrente ano, o CNJ, objetivando mapear os programas de Justiça Restaurativa existentes no país, realizou uma pesquisa com os Tribunais Estaduais e Federais¹³⁹ e emitiu os seguintes resultados¹⁴⁰:

Dos 31 tribunais que responderam aos questionários enviados pelo CNJ, somente três responderam não possuir nenhum tipo de iniciativa sobre Justiça Restaurativa, sendo eles: TJRR, TRF-2ª e TRF-5ª. Portanto, 25 Tribunais de Justiça, 96% do total de respondentes, e três Tribunais Regionais Federais, 60% dos existentes, possuem algum tipo de iniciativa em Justiça Restaurativa. Dentre os tribunais que possuem algum tipo de iniciativa, 17 (61%), responderam possuir pelo menos um programa em Justiça Restaurativa, sendo eles: TJAP, TJBA, TJDFT, TJES, TJMS, TJMT, TJPA, TJPE, TJPI, TJPR, TJRN, TJRS, TJSC, TJSP, TJTO, TRF-1ª e TRF-4ª. Dentre estes, o TJSC informou possuir quatro programas, os demais possuem apenas um. Outros sete tribunais, 25% dos respondentes, a saber o TJAL, o TJAM, o TJCE, o TJGO, o TJMG, o TJRJ e o TJSE, possuem iniciativas em práticas restaurativas a nível de projeto. O TJGO e o TJSE possuem cinco projetos em Justiça Restaurativa, os demais informaram possuir apenas um. Por fim, quatro Tribunais - TJPB, TJMA, TJRO e TRF-3ª - afirmaram que possuem apenas uma ação em Justiça Restaurativa, cada.

Diante destes dados, percebe-se que os métodos restaurativos no Brasil ainda são empregados de forma tímida, mas, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

(...) durante estes mais de treze anos de história, a Justiça Restaurativa espalhou-se e enraizou-se em todo o País, com experiências bem sucedidas em vários Estados da Federação, cada um observando e respeitando, para este processo de implementação, os potenciais e desafios locais, bem como os contextos institucionais e comunitários próprios.

3.4.1 Aplicação da justiça restaurativa em Salvador/Bahia

Em Salvador, o projeto piloto de Justiça Restaurativa nasceu em 2005, no âmbito da Extensão do 2º Juizado Especial Criminal. Isso porque, por determinação

¹³⁹ Na pesquisa, o Conselho Nacional de Justiça definiu que programa seria o conjunto de projetos e ações planejados e coordenados para o alcance de propósitos amplos; projeto seria o planejamento de atividades para desenvolvimento de um objeto; e entendeu por ação, a sequência de tarefas para a realização de objetivos específicos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa. Seminário Justiça Restaurativa.** Brasília, jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019, p. 7.

¹⁴⁰ Idem, ibidem, p. 8.

da Lei nº 9.099/95, prioriza-se nos Juizados especiais a conciliação e participação das partes, sendo que na seara criminal, há a indicação de aplicação de medidas alternativas ou penas restritivas de direitos, sendo, portanto, um ambiente propício a aplicação das práticas restaurativas.

À época o Juizado Especial era localizado no Largo do Tanque e havia uma grande demanda de processos, as pautas eram carregadas e isso comprometia o trabalho dos conciliadores nas audiências preliminares, uma vez que não havia o tempo necessário para que estes trabalhassem cada conflito, buscassem uma efetiva solução para os casos e mesmo atendessem aos princípios determinados na Lei nº 9.099/95.

Esta dificuldade foi levada ao conhecimento da Coordenação dos Juizados Especiais, quando então, visando a multiplicação do número de atendimentos e audiências preliminares, foi sugerido pela Juíza de Direito Marielza Brandão Franco a aplicação de técnicas de resolução autocompositivas de conflitos, com a participação de voluntários¹⁴¹.

A partir de então, foram convidados a participarem como voluntários e atuarem na mediação de conflitos, advogados e estagiários militantes na Extensão do 2º Juizado Especial Criminal, assim como, assistentes sociais, psicólogos e professores¹⁴², sendo disponibilizado o espaço para estágio supervisionado de alunos formandos em psicologia, serviço social, administração e direito. Com o tempo, esses serviços se incorporaram ao atendimento das partes durante as audiências preliminares, evitando a formalização do processo¹⁴³.

De acordo com a “Cartilha de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça da Bahia”, após um treinamento ministrado pelo Bel. André Gomma de Azevedo, em outubro de 2005 foram iniciados os trabalhos de mediação utilizando técnicas autocompositivas, como a mediação vítima-ofensor e os círculos restaurativos, usados especificamente pela Justiça Restaurativa¹⁴⁴.

¹⁴¹ JESUS, Joanice Maria Guimarães de. **Justiça restaurativa aplicada ao juizado especial criminal: em busca do modelo ideal**. 2014. 264 f. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 176.

¹⁴² Idem, ibidem, p.176.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa do 2º Grau**. 2018. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/JR%20Cartilha.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019, p. 12.

¹⁴⁴ Idem, ibidem, p. 12.

A partir daí, essa equipe passou a atuar nas audiências preliminares e de instrução, além de atenderem às vítimas quando estas prestavam suas queixas, e até mesmo em momentos posteriores, mediante a marcação prévia para o atendimento. Com estas ações, e com a participação das partes envolvidas e demais interessados, foram alcançadas melhores soluções aos delitos.¹⁴⁵

Em 18 de dezembro de 2009, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia consolidou parceria com o Governo do Estado da Bahia, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, celebrando um Termo de Cooperação Técnica que objetivou a adoção de ações de implementação da Justiça Restaurativa. Após, em 28 de julho de 2010, através da Resolução nº 8, o TJBA instituiu o Programa de Justiça Restaurativa, criando formalmente o Núcleo de Justiça Restaurativa da Extensão do 2º Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque. A construção deste Núcleo inseriu o Judiciário Baiano no movimento restaurativo brasileiro.¹⁴⁶

Dando continuidade ao projeto de implantação de práticas restaurativas, em 21 de agosto de 2015, o TJBA emitiu a Resolução nº 17, que “Dispõe sobre o Núcleo de Justiça Restaurativa-NJR de Segundo Grau do Poder Judiciário do Estado da Bahia e seu âmbito de atuação nas esferas judicial e extrajudicial, visando a difusão, implantação e sistematização de práticas e conhecimentos em Justiça Restaurativa, através da instituição da Política Judiciária Estadual de Justiça Restaurativa-PJEJR de tratamento adequado dos conflitos de interesses objetivando a pacificação social lato sensu, pertinente ao enfrentamento de conflitos, violências, delitos e atos infracionais e dá outras providências”.

De acordo com a Cartilha do TJBA, o Núcleo de Justiça Restaurativa de Segundo Grau do Poder Judiciário do Estado da Bahia, através do Comitê Gestor, facilita e oferece aos juízes a aplicação de mecanismos de solução pelas instituições estaduais, objetivando o alinhamento do atendimento ao paradigma participativo, humanizante, dialógico e responsabilizante da Justiça Restaurativa em todas as Comarcas do Estado da Bahia.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa do 2º Grau**. 2018. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/JR%20Cartilha.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019, p. 12..

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 15/16.

Em 11 de dezembro de 2015, o Tribunal baiano emitiu a Resolução nº 24 que “Disciplina as atividades do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e cria os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC).”

Em 16 de agosto de 2017, ocorreu a inauguração das novas instalações das 5ª e 6ª Varas do Sistema dos Juizados Especiais e Núcleo de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, passando a ser localizados na Travessa São Marcelino, S/N, no bairro da Lapinha, nesta Capital.

O núcleo realiza círculos de paz, mediação penal e um trabalho diferenciado com os adictos. Nestes últimos casos, aqueles indicados no art. 28, da Lei nº 11.343/06, os processos são encaminhados aos facilitadores, que realizam uma sessão temática, trazendo vídeos e abordando questões relativas a substâncias entorpecentes. Posteriormente, todos são convidados para participarem de uma sessão de um círculo restaurativo não conflitivo¹⁴⁷, e, então, o processo é finalizado.

As práticas restaurativas são aplicadas nos conflitos de menor potencial ofensivo, como por exemplo, brigas entre vizinhos, lesões corporais, perturbações do sossego e da tranquilidade alheios, acidentes de veículos e ameaça. No momento da apresentação do Termo Circunstanciado ou da Queixa aos atendentes judiciários, ocorre a identificação do caso e é feita uma análise interdisciplinar, a fim de se avaliar a possibilidade de inserção das práticas restaurativas.

Nos casos em que visualiza-se a possibilidade de intervenção por meio da Justiça Restaurativa, ocorre a suspensão do processo penal, e o caso é encaminhado aos facilitadores, sendo determinado um prazo, de acordo com as necessidades de cada conflito, para que estes realizem os ciclos. Em entrevista realizada no dia 21 de outubro de 2019, as facilitadoras Deuzinete Silva e Sumaia Santos indicaram que normalmente o maior prazo determinado pelas Magistradas do Núcleo é de 90 (noventa) dias, mas estes podem ser expandidos, como comumente acontece, uma vez que dentro deste procedimento é respeitado e dado prioridade aos sentimentos e necessidades das partes.

¹⁴⁷ Nestes casos, a sessão temática é obrigatória, mas a participação no círculo restaurativo é opcional.

Quando o processo é encaminhado ao núcleo, os facilitadores entram em contato com o ofensor, explicam um pouco sobre a Justiça Restaurativa, e convidam a pessoa para participar da mediação penal. Com o aceite desta parte, é realizado o contato com o ofendido. E, após a assinatura dos dois termos de consentimento, é dado início as práticas restaurativas.

Neste ponto, importa registrar que através da entrevista realizada com as facilitadoras Deuzinete Silva e Sumaia Santos, que são voluntários do Núcleo desde 2017, foi possível perceber a importância do olhar diferenciado que este profissional precisa ter. Sendo evidenciado, também, a necessidade de acolhimento dos envolvidos desde o primeiro contato, quando é oferecida a intervenção restaurativa.

De acordo com estas facilitadoras, são raros os casos em que há desistência e não é alcançado um acordo restaurativo, ocorrendo, entretanto, a interrupção de muitos procedimentos, em razão da dificuldade do núcleo estabelecer contato com as partes¹⁴⁸.

O Núcleo localizado na Lapinha conta com uma sala de mediação, e, nos momentos em que não ocorre audiências temáticas no auditório, este espaço também é utilizado para as intervenções restaurativas. Ademais, há o apoio de 15 (quinze) facilitadores, sendo todos voluntários.

Em 17 de setembro de 2019, o Núcleo de Justiça Restaurativa passou a ser Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos - CEJUSC Lapinha, sendo designada a Juíza de Direito Maria Fausta Cajahyba Rocha como coordenadora. Até o dia 21 de outubro deste ano, foram distribuídos 05 (cinco) processos ao CEJUSC, e as demais varas possuem aproximadamente 110 (cento e dez) casos ativos.

4. A AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA INCONDICIONADA

O direito de ação está assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e compreende o direito de demandar e ter um provimento de mérito,

¹⁴⁸ De acordo com as facilitadoras entrevistadas, durante os ciclos as pessoas envolvidas são tratadas como partes, e não como ofensor e vítima, como ocorre no procedimento criminal comum.

incluindo, ainda, o exercício de direitos, poderes e faculdades ao longo do processo, a fim de ser conferida uma adequada tutela jurisdicional¹⁴⁹.

De forma geral, considera-se a ação um direito público, subjetivo e abstrato. Contudo, este conceito precisa ser melhor adequado às finalidades e peculiaridades do processo penal¹⁵⁰. Isso porque, este ramo do direito não cuida da disputa entre partes que divergem quanto à titularidade de um direito subjetivo ou acerca de uma obrigação jurídica e são obrigados a resolver seu conflito perante o Poder Judiciário. Ele é meio adequado, e legítimo, de aplicação do direito material, é o espaço e ambiente por onde o acusado é submetido à força Estatal, que, por meio dos órgãos de persecução penal, imputa-lhe a prática de um fato típico, requerendo que, ao final, em conformidade com as provas carreadas, seja aplicada uma pena pública.¹⁵¹

Acerca das diferenças entre processo penal e civil, adverte Eugênio Pacelli¹⁵²:

Se o processo não penal guarda maior afinidade com a ideia de conflito de interesses, geralmente inseridos no contexto de uma disputa entre direitos subjetivos, nada disso ocorre no processo de natureza penal. Aliás, somente quando o processo civil trata do chamado interesse público (incapacidade, estado de pessoa etc.), no qual se adota uma perspectiva procedimental para além da iniciativa das partes, é que ele poderá se aproximar do processo penal. E, ainda assim, muito timidamente.

Deste modo, considerando as especificidades do direito processual penal, Aury Lopes Jr¹⁵³ define a ação penal como “um direito potestativo de acusar, público, autônomo e abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal”.

¹⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 161.

¹⁵⁰ Neste trabalho defende-se que não há possibilidade de inserção do Processo Penal nas categorias de uma Teoria Geral do Processo. Entretanto, registre-se aqui que autores como José Antonio Paganella Boschi, entendem que do ponto de vista ontológico é uno o direito de ação, não havendo necessidade de classificar a ação em civil ou penal, apesar de reconhecer que existem “peculiaridades da pretensão a ser deduzida em juízo, uma de conteúdo civil e outra de conteúdo penal”. BOSCHI, José Antonio P. **Ação Penal: Denúncia, Queixa e Aditamento**. Rio de Janeiro: Aiede Ed., 1993, p. 17.

¹⁵¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 64/65.

¹⁵² Idem, ibidem, p. 65.

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 189.

Maria Thereza Rocha Assis de Moura entende a ação penal como “a atuação correspondente ao direito à jurisdição, - público, subjetivo, abstrato, autônomo, - que se exercita perante os órgãos da Justiça Criminal”¹⁵⁴.

No Brasil, como regra, a ação penal é de iniciativa pública, sendo admitida, como exceção, a ação penal exclusivamente privada nos casos predeterminados pelo legislador, como, por exemplo, nos delitos contra a honra. Nestas hipóteses, a ação deve ser proposta pelas pessoas legitimadas, nos termos dos artigos 30 e 31 do Código de Processo Penal.

De acordo com Eugênio Pacelli¹⁵⁵, as ações penais privadas ocorrem nos crimes “cuja publicidade, a partir da discussão judicial, seja particularmente gravosa aos interesses do ofendido, deixando-se a este, portanto, o juízo de conveniência e a oportunidade da resposta penal.”

Nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é o órgão que possui legitimidade para propositura da ação penal de natureza pública. Essa competência do *Parquet* é regida pelos princípios da investidura, obrigatoriedade, indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência¹⁵⁶. Neste ponto, e para melhor compreensão das hipóteses debatidas neste trabalho, importa discutir, brevemente, o que extrai-se destes princípios.

Através do “princípio da investidura”, entende-se que, apenas membros do Ministério Público¹⁵⁷, estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, possuem legitimidade e podem propor a ação penal de iniciativa pública.¹⁵⁸

Pelo “princípio da indivisibilidade”, compreende-se que a ação penal deve contemplar todos aqueles que cometeram o crime, não podendo o membro do *Parquet* oferecer denúncia contra, apenas, alguns agentes investigados. No entanto, à luz do entendimento jurisprudencial pátrio, este princípio comporta muitas

¹⁵⁴ DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

¹⁵⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 67.

¹⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 199.

¹⁵⁷ Neste ponto, importa ressaltar que, nos termos do art. 29, do Código de Processo Penal, quando o órgão acusador não realiza o oferecimento da denúncia no prazo legal, inicia-se a possibilidade da vítima oferecer a ação penal privada subsidiária da pública.

¹⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 200.

exceções. A título de exemplo, é possível que o Ministério Público não ofereça a denúncia contra todos acusados, de forma inicial, se não conseguiu reunir indícios mínimos de autoria contra alguns, podendo propor a ação contra estes, em momento posterior.¹⁵⁹

Extrai-se do “princípio da intranscendência” que o órgão acusador não pode oferecer denúncia contra aqueles que não figuram nos fatos como autor, coautor ou partícipe¹⁶⁰, constitui limite à *persecutio criminis*.

De acordo com Paganella Boschi, a intranscendência vincula-se com a garantia prevista no art. 5º, XLV, da CF/88, de onde extrai-se que o “oferecimento da denúncia ou queixa contra quem não tem o dever jurídico de cumprir a pena configura absoluta ilegalidade”¹⁶¹.

O “princípio da obrigatoriedade” é o de maior importância para reflexão neste trabalho. De acordo com os doutrinadores, esse princípio resulta da interpretação do art. 24, do Código de Processo Penal, e determina que o órgão acusador terá que exercer seu dever de ação, quando presentes as condições para propositura da inicial acusatória¹⁶². Assim sendo, há anos, tem-se que, no Brasil, estando preenchidos as condições para oferecimento da ação penal, o membro do *Parquet* deverá, obrigatoriamente, oferecer a denúncia.

Nas lições de Aury Lopes Júnior¹⁶³:

A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato aparentemente criminoso - *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa).[...] Não estando presentes essas condições, deverá o promotor postular o arquivamento do inquérito policial ao juiz.

¹⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 202.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 204.

¹⁶¹ BOSCHI, José Antonio P. **Ação Penal: Denúncia, Queixa e Aditamento**. Rio de Janeiro: Aiede Ed., 1993, p. 36.

¹⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

¹⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 200.

De igual modo adverte Eugênio Pacelli¹⁶⁴:

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.

O mencionado artigo 24 do Código de Processo Penal, contudo, não determina a obrigatoriedade da propositura da ação, de modo expresso, em verdade, não há um dispositivo constitucional que faça esta determinação. Neste sentido, Raquel Tiveron¹⁶⁵ afirma que o dispositivo acima mencionado, e os artigos 110 do Código Penal, 14 do Código de Processo Penal e 129, I, da CF/88 asseguram, apenas, a exclusividade da atuação do Ministério Público nas ações penais de iniciativa pública, sem, contudo, delinear de forma expressa a obrigatoriedade deste exercício, como ocorre em outros países.

Neste passo, é como leciona André Luis Alves de Melo¹⁶⁶:

A questão é que a legislação no Brasil não prevê a obrigatoriedade da ação penal. E nem se pode dizer que decorre do princípio da legalidade, pois se não existe lei obrigando expressamente, não haveria ilegalidade alguma. E mesmo nos países em que se prevê expressamente, como na Itália, a necessidade de se implantar a oportunidade vem aumentando imensamente. Ou seja, no Brasil o problema não é o rito, mas o mito.

Corroborando com as hipóteses sugeridas por estes autores, tem-se o artigo 385, do Código de Processo Penal, que indica que o órgão acusador não é obrigado a pleitear a condenação do acusado, e pode realizar pedido de absolvição nas suas alegações finais.

¹⁶⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 78.

¹⁶⁵ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 389/390.

¹⁶⁶ MELO, André Luis Alves de. **Mito sobre o rito: Obrigatoriedade da ação penal é um mito**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preve-obrigatoriedade-acao-penal>. Acesso em: 09 nov. 2019.

Considerando estes dados, é possível afirmar que¹⁶⁷:

[...] a obrigatoriedade da ação penal não resultaria de determinação expressa nem de uma interpretação sistemática, para a qual deveria se considerar, sobretudo, a Constituição Federal. O que esta resguardaria era a exclusividade ao Ministério Público da titularidade da ação penal, sem, entretanto, determinar a obrigatoriedade de exercê-la, como faz a Carta italiana.

A proposta deste trabalho não é o afastamento da obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo Ministério Público. No entanto, é importante mencionar que, muitos autores, a exemplo de Raquel Tiveron¹⁶⁸, entendem que para a possibilidade real e concreta do implemento da Justiça Restaurativa, como método alternativo de solução de conflitos no Brasil, é necessário que o órgão acusador se afaste do seu poder-dever de denunciar e conceda espaço para que as partes alcancem um consenso, e determinem a melhor forma de solucionar seus litígios, sendo esta a razão pela qual trouxemos pontos mais sensíveis sobre o mencionado princípio.

Registe-se, por fim, que o “princípio da indisponibilidade” se relaciona com a obrigatoriedade e, ele determina que o presentante do Ministério Público não pode desistir ou dispor da ação penal ou do recurso interposto¹⁶⁹.

Neste sentido é o que determina os artigos 42 e 576, ambos do Código de Processo Penal. *In verbis*¹⁷⁰:

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Como se vê, repita-se, estes dispositivos não determinam a obrigatoriedade da propositura da ação penal, embora vedem a desistência da ação ou do recurso interposto pelo Ministério Público.

¹⁶⁷ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 391.

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 385.

¹⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

¹⁷⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 nov. 2019.

No entanto, ainda que se entenda que o membro do Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia, quando preenchidas as condições para propositura da ação penal, deve-se registrar que a Lei nº 9.099/95 trouxe exceções a estes princípios (obrigatoriedade e indisponibilidade), haja vista que ela implementou o princípio da discricionariedade regrada¹⁷¹ nos ritos dos Juizados Especiais Criminais, sendo possível assim, o oferecimento de transação penal ou suspensão condicional do processo pelo *Parquet*¹⁷².

4.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

O exercício do direito de ação, para ser legítimo e válido, deve, necessariamente, preencher condições e pressupostos previstos na legislação pátria, ficando à cargo do Juiz natural da causa este controle, através da decisão interlocutória de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa¹⁷³.

Para parte da doutrina, as condições da ação penal seriam as mesmas do processo civil, ou seja, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir, realizando, apenas, determinadas adaptações nestes conceitos em razão das diferenças entre estes dois ramos do direito.¹⁷⁴

Realizada as devidas adequações, entende-se que há possibilidade jurídica do pedido no processo penal sempre que, em tese, a conduta imputada ao acusado seja típica. Nas palavras de Gustavo Badaró¹⁷⁵:

¹⁷¹ De acordo com Gustavo Badaró, o princípio da discricionariedade regrada permite que o Ministério Público, nos delitos de menor potencial ofensivo, mesmo concluindo pela ocorrência do crime, pode deixar de oferecer denúncia e limitar se limitar a formular a proposta de transação penal. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

¹⁷² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 80.

¹⁷³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 805. nov. 2002, p. 472/478.

¹⁷⁴ Embora alguns autores defendam a existência de uma teoria geral do processo, neste trabalho, como já mencionado, entende-se que o processo civil se distingue do procedimento penal, considerando suas finalidades, peculiaridades e especificidades. Por esta razão, defende-se a análise das condições da ação dentro das características próprias do processo penal. Ademais, não exclui-se aqui a discussão doutrinária iniciada com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil/2015, que não mais menciona o termo “condições da ação”, o que leva a divergência doutrinária sobre a permanência ou não destas condições no processo civil.

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 166.

[...] somente quando se está diante de um fato penalmente relevante, ainda que em uma análise *prima facie*, é que o processo penal é possível. Não se trata de um sistema em que todos os processos são possíveis, salvo se houver vedação. A necessidade de uma tipicidade estrita, no campo material, se projeta no plano processual, gerando um regime oposto, em que o processo penal somente é possível diante de um caso de tipicidade aparente.

A legitimidade se refere à titularidade da ação, sendo ela ativa ou passiva. No procedimento criminal, nos termos do artigo 129, inciso I, da CF/88, tem-se que o Ministério Público é o legitimado ordinário para a propositura da ação penal de iniciativa pública, e, de modo excepcional, o legislador concede o exercício do direito à jurisdição ao ofendido, nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada¹⁷⁶.

Assim, haverá ilegitimidade de parte ativa na hipótese do Ministério Público oferecer denúncia nos crimes de ação penal privada, ou na hipótese da vítima oferecer queixa em um crime de ação penal pública, salvo quando for ação penal subsidiária da pública. A legitimidade passiva, por sua vez, é conferida àquele a quem o crime é imputado.¹⁷⁷

O conceito de interesse de agir cível é a condição da ação que mais precisa ser adaptada no procedimento criminal. Isso porque, seguindo o pensamento de *Liebman*, a doutrina cível costuma associar ao interesse de agir o binômio “necessidade” e adequação¹⁷⁸, o quê, para alguns doutrinadores, não se aplica diretamente ao direito penal, haja vista que não há outra forma de aplicação da lei penal que não seja o processo. Seguindo este caminho, Gustavo Badaró¹⁷⁹ afirma que “no procedimento penal o interesse de agir, quanto ao seu aspecto de necessidade, é inerente a toda ação penal condenatória, porque o Estado não pode impor a pena senão por meio das vias jurisdicionais”.

¹⁷⁶ DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169.

¹⁷⁸ DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 196.

¹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 168.

Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, este posicionamento se justifica em razão da regra¹⁸⁰

“nulla poena sine iudicio”: nenhuma sanção pode ser aplicada sem o devido processo legal (especificamente o penal). Em outras palavras: ainda que o acusado queira submeter-se espontaneamente à pena, haverá necessidade do processo para a sua imposição.

José Frederico Marques, contudo, entende que há ausência de interesse na acusação, quando os fatos colhidos na investigação criminal não demonstrarem a possibilidade de se apurar lesão a bem jurídico tutelado pelo direito penal. O autor segue afirmando que¹⁸¹:

O promotor não se fundará no corpus delicti para denunciar, e, sim, na suspeita de crime (opinio delicti), mas em suspeita fundada e razoável. Do contrário, faltarão ao Estado legítimo interesse para a propositura da ação penal e a denúncia deve ser rejeitada por inepta.

Outros doutrinadores entendem que existe interesse de agir, quando houver *fumus boni iuris* ou justa causa, visualizando estes termos como idoneidade do pedido. Neste sentido, estes autores defendem que na hipótese da acusação ser manifestamente infundada, estaria demonstrada a ausência de justa causa para o processo penal, de modo que se permite que o Magistrado declare, desde logo, a inadmissibilidade da acusação, quando restar evidente que não foi praticado ato delituoso. Assim, “justa causa e interesse processual confundem-se, posto que à falta daquela inexistente interesse processual no tocante à propositura da ação penal, uma vez que faltarão pedido idôneo para provocar a tutela jurisdicional do Estado”¹⁸².

Para Aury Lopes Júnior, não há possibilidade de aplicação do interesse de agir, como definido no âmbito cível, no processo penal. Neste sentido, o autor indica que a doutrina processual penal no intuito de aproveitar essa condição da ação processual civil realiza um redesenho do conceito, de modo que o resultado

¹⁸⁰ DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.198.

¹⁸¹ MARQUES, José Frederico. apud DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 201.

¹⁸² DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 201.

final é muito distante do conceito primevo. Assim, o autor esclarece que, enquanto no processo civil não se exige a necessidade, este princípio é imposto dentro do procedimento criminal, na medida em que o Direito Penal só se realiza no processo penal, sendo este o caminho necessário para aplicação da pena. Deste modo, ressalta que o interesse é inerente àquele que tem legitimidade para propor a ação penal, uma vez que não há outra forma de se obter e efetivar a punição¹⁸³.

Ademais, não pode-se olvidar que há uma relação complementar entre crime, pena e processo, uma vez que “excuido uno, no pueden subsistir los otros dos; no hay delito sin pena y proceso; ni pena sin delito y proceso, ni proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena.”¹⁸⁴

Nesta senda e pelas razões esposadas, resta evidenciado que há muitas divergências doutrinárias quanto à possibilidade de aplicação das condições da ação pensadas para o processo civil no direito processual penal, além de não existir convergência quanto à abrangência e significado destas condições no procedimento criminal.

Assim, considerando que o processo penal diverge do processo civil, principalmente, em razão dos bens tutelados, e que a adoção de uma “Teoria Geral do Processo” pode engessar o procedimento criminal nas estruturas do processo civil¹⁸⁵, é que, neste trabalho, defende-se a necessidade de identificar as condições da ação considerando os aspectos, interesses, finalidades e instrumentos próprios do Direito Processual Penal, filiando-se, assim, a doutrina de Aury Lopes Júnior.

A partir do revogado artigo 43 do Código de Processo Penal e da redação do artigo 395, do mesmo diploma legal, seguindo categorias próprias do processo penal, o mencionado autor extrai as condições da ação penal. São elas: a prática de

¹⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 190/191.

¹⁸⁴ ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Graficas, 1981. p. 02, apud SILVA, Josiele Leffa da. **A justa causa no processo penal**. 2012. 32 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito da Pontifícia, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/josiele_silva.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 16 nov. 2019.

fato aparentemente criminoso - *fumus commissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa¹⁸⁶.

4.1.1 As condições da ação penal segundo categorias e necessidades próprias do Direito Penal

Antes de adentrar no conceito das condições da ação próprias do processo penal, é importante pontuar que a ausência de uma destas não conduz ao julgamento de procedência ou improcedência da denúncia, mas impedem, tão somente, a análise do mérito, neste primeiro momento, ocasionando, portanto, a rejeição da denúncia¹⁸⁷, como previsto no artigo 395, do Código de Processo Penal.

A primeira condição identificada por Aury Lopes Jr. é a prática de fato aparentemente criminoso. Assim, deve estar demonstrado, na denúncia ou na queixa, a prática de fato típico, ilícito e culpável, e quando restar demonstrado, pela investigação preliminar, que o acusado agiu sob o manto de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, o Magistrado está autorizado a rejeitar a acusação¹⁸⁸.

A redação do revogado artigo 43, inciso II, do Código de Processo Civil, previa, como hipótese de rejeição da denúncia, a presença de causa extintiva da punibilidade. Após a reforma do Código em 2008, a extinção da punibilidade entrou no rol do artigo 397, do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de absolvição sumária. Contudo, nas lições de Aury Lopes Jr., o Juiz deve rejeitar a denúncia, quando restar demonstrado, desde logo, na denúncia, pelos elementos colhidos na investigação preliminar, uma causa da extinção da punibilidade, ficando a decisão de absolvição sumária reservada às hipóteses em que a prova é produzida após o recebimento da denúncia e apresentação de defesa preliminar do acusado¹⁸⁹.

¹⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 192.

¹⁸⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Justa causa para instauração do processo penal condenatório**. Rio de Janeiro, ago, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/justa-causa-para-instauracao-do-processo-penal-condenatorio-por-afranio-silva-jardim-1508758576>. Acesso em 11 nov. 2019.

¹⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 192/193.

¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 194.

Outra condição da ação processual penal é a legitimidade das partes. Como já exposto, a legitimidade ativa está relacionada à titularidade da ação penal, e no processo penal brasileiro ela decorre da sistemática legal adotada pelo legislador. Deste modo, pertence ao Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública, e ao querelante, nos crimes perseguidos por queixa, tendo estes legitimados o poder de acusar, o *ius ut procedatur*¹⁹⁰.

A legitimidade passiva está relacionada com a autoria delitiva, considerando, no entanto, os limites advindos pelo conceito de culpabilidade penal, especialmente quanto aos inimputáveis e aos menores de 18 (dezoito) anos.

A ilegitimidade da parte ocasiona a rejeição da denúncia ou queixa, como previsto no artigo 395, II, do Código de Processo Penal. Quando verificada, no curso do processo, no entanto, permite-se o trancamento deste através da ação de Habeas Corpus, em razão de ser um procedimento manifestamente nulo, nos termos do artigo 648, IV, do CPP. Deve-se salientar, contudo, que essas decisões fazem coisa julgada formal, e, se corrigido o vício, a ação pode ser novamente proposta¹⁹¹.

Há, ainda, outras condições para o exercício do direito à jurisdição penal, que são exigidas, apenas, em determinados casos específicos. Como, por exemplo, a necessidade de poderes especiais e menção ao fato criminoso na procuração que outorga poderes aos advogados para o ajuizamento das ações penais de iniciativa privada (artigo 44, do Código de Processo Penal), ou a entrada do acusado no território nacional, nos casos de extraterritorialidade da lei penal, como previsto no art. 7º, do Código Penal¹⁹².

4.1.1.2 A justa causa na Ação Penal

A justa causa está prevista no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Contudo, em razão do legislador não ter especificado em que consistiria este termo, há grande divergência doutrinária quanto ao conteúdo desta hipótese de rejeição da denúncia, assumindo esta diferentes conceitos, tais como: interesse de

¹⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 194.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 195.

¹⁹² Idem, ibidem, p. 198.

agir (*fumus bonni iuris*), prova da materialidade e indícios de autoria, quarta condição da ação, condição de procedibilidade, questão de mérito, síntese das condições da ação, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, ou, ainda, como controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Para Afrânio Silva Jardim, a justa causa não integra as condições da ação, e por meio dela presume-se que a acusação consista numa conduta que, em tese, seja típica, ilícita e culpável, tratando-se de uma questão de direito. Neste sentido, o autor sugere que¹⁹³:

Por tudo isso, ousou sugerir o reconhecimento de uma outra categoria no processo penal condenatório, cujo nome adequado poderia ser o de “pressuposto de legitimação do processo penal condenatório”. Esta seria, então, a natureza jurídica da justa causa, referida no já aludido inc. III do art. 395 do Cod. Proc. Penal. A justa causa seria um pressuposto para que um processo condenatório fosse legitimamente instaurado. Não pode haver atividade jurisdicional sem acusação, ainda que em tese, de uma conduta delituosa. Seria um processo ilegítimo e injusto.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁹⁴, no livro “A Justa Causa para Ação Penal”, escrito em 2001, antes da reforma do Código de Processo Penal em 2008, ou seja, quando a justa causa ainda não estava prevista de forma expressa como hipótese de rejeição da denúncia no código, defendeu que a justa causa não seria uma condição da ação, mas que a falta de alguma destas, resultaria na ausência de justa causa.

A autora assevera que a justa causa corresponde no plano jurídico, à legalidade da acusação, e no plano axiológico, à legitimidade da acusação, e afirma que a obrigatoriedade da ação penal só existe quando presente a justa causa, entendida esta como fundamento da acusação. Nas suas palavras¹⁹⁵:

[...] a análise da justa causa, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata (vale dizer, em tese), mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos acima mencionados (isto é, em hipótese) que

¹⁹³ JARDIM, Afrânio Silva. **Justa causa para instauração do processo penal condenatório**. Rio de Janeiro, ago, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/justa-causa-para-instauracao-do-processo-penal-condenatorio-por-afranio-silva-jardim-1508758576>. Acesso em 11 nov. 2019.

¹⁹⁴ DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221/222.

¹⁹⁵ Idem, ibidem, p. 223.

demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevalectante, ao mérito. Daí afirmarmos não constituir ela condição da ação penal, nem de procedibilidade.

Tanto isto é certo, que a justa causa projeta-se, também, para além das chamadas condições da ação, já que, ausente o *ius puniendi*, pela ocorrência da extinção da punibilidade (que, para nós, está fora da categoria das chamadas condições), também haverá falta de justa causa. É o que se depreende da análise do art. 43 do CPP.

Luiz Flávio Gomes visualiza a justa causa como condição de procedibilidade da ação, entendendo que é imprescindível a constatação da plausibilidade jurídica da imputação feita. Neste sentido, conclui que¹⁹⁶

A plausibilidade jurídica da imputação feita, que ganha expressão na exigência de justa causa (CPP, art. 648, I) ou de *fumus boni iuris* (prova mínima do crime e pelo menos indícios de autoria), é condição inafastável de procedibilidade (leia-se: de viabilidade da abertura do processo; o exercício do direito de ação penal somente pode ser reputado regular se presente a justa causa.

Para outros autores, a justa causa constitui pré-requisito para a *persecutio criminis*, e por meio dela assegura-se que a acusação não é abusiva. Neste sentido, Warley Belo defende que a cada prova produzida, deve-se justificar os motivos da constrição à liberdade do imputado, asseverando que¹⁹⁷:

Se faltam, pois, pressuposto processual, condição da ação, se não há prova material ou de autoria, se cabe habeas corpus, ou seja, se abarca o amplo e irrestrito conceito de ilegalidade ou abuso de poder ou de direito - ou do poder-dever -, diz-se que há falta de justa causa para a prisão, ou o inquérito, ou a ação etc. É nesse aspecto que, deveras, mais coadunam com o espírito da Constituição Federal (LGL\1988\3) as hipóteses ampliativas que surgem na jurisprudência e os cultuados juristas retro-mencionados.

Neste trabalho, entendemos que a justa causa é uma garantia contra o uso abusivo do direito de acusação, de modo que deve ser demonstrada a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a intervenção criminal, além da demonstração da prova da materialidade e indícios da autoria delitiva.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica**. Revista dos Tribunais, ano 91, v. 805, nov. 2002, p. 472/478.

¹⁹⁷BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 874, ago 2008, p. 445/479.

De acordo com Aury Lopes¹⁹⁸, a justa causa está relacionada com dois fatores, um é a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, e o outro está relacionado com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Sendo assim, se por um lado a inicial acusatória deve conter um lastro probatório mínimo, sendo demonstrado indícios razoáveis da autoria e materialidade delitivas, também deve estar demonstrada a necessidade da acusação e intervenção por meio do Direito Penal. Isso porque, como visto anteriormente, no primeiro capítulo deste trabalho, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema judicial, utilizado, apenas, quando os outros ramos da justiça não forem suficientes para a solução dos conflitos. Sendo assim, para que a denúncia seja recebida, deve estar justificado a necessidade de intervenção penal.

Convém transcrever as palavras de Aury Lopes Jr.¹⁹⁹:

Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa. Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro.

Defendemos este posicionamento, principalmente por considerarmos que o processo penal não pode se afastar de uma perspectiva minimamente funcional do Direito Penal, de modo que, é necessário o sopesamento dos interesses e bens tutelados pelo sistema criminal, sendo imprescindível, portanto, a inserção do caráter subsidiário do Direito Penal nas condições necessárias à propositura da denúncia e recebimento desta.

4.2 O ACORDO RESTAURATIVO REALIZADO ENTRE VÍTIMA E OFENSOR COMO EXCLUDENTE DA JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA NO DELITO DE FURTO

¹⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 196.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 197.

O crime de furto está previsto no artigo 155, do Código Penal e o bem jurídico tutelado por esta norma é o patrimônio, sendo o objeto material “a coisa alheia móvel”²⁰⁰. Seguindo este caminho, é que neste trabalho entende-se que o proprietário, ou possuidor do bem, é quem deveria decidir, dentro dos limites constitucionais e legais, o que deve ser feito diante do evento delituoso.

Em sendo assim, se o acordo restaurativo responde e atende às necessidades da vítima no crime de furto, não haveria razão para que o Ministério Público iniciasse a ação penal, movimentando a máquina judiciária, trazendo gastos ao erário, revitimizando o ofendido e fixando uma pena ao ofensor, entendendo que, por este meio, a justiça seria feita.

Para se chegar à esta conclusão, propõe-se aqui que o acordo restaurativo afaste a justa causa para a propositura da ação penal de iniciativa pública No delito de furto, entendendo-se que esta condição da ação exige prova da materialidade e indícios da autoria, e se relaciona com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Assim, apesar de estar demonstrado pelos elementos de informação, colhidos na investigação preliminar, a materialidade e indícios da autoria delitiva, a aplicação dos métodos restaurativos e o seu consequente êxito - realização e cumprimento do acordo restaurativo - afastaria a necessidade de intervenção do sistema tradicional criminal nestes casos concretos.

Convém lembrar que, se o processo penal é o meio pelo qual se concretiza o direito penal, e se este último deve ser utilizado como *ultima ratio*²⁰¹, nos casos em que a vítima entende que houve proteção e atenção às suas necessidades e, sendo a razão de ser da norma a proteção do direito à propriedade, a coisa alheia móvel, não restaria demonstrada a necessidade, no caso concreto, do uso do sistema penal tradicional, e consequente propositura da ação, por meio do oferecimento da denúncia.

Para melhor compreensão e elucidação da tese aqui defendida, propomos um passo a passo para aplicação da Justiça Restaurativa nos crimes de furto.

²⁰⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 782.

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

Quando o membro do Ministério Público receber o inquérito policial ou as peças de informação, deverá realizar uma análise quanto à possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, naquele caso concreto. Diante desta percepção, encaminhará os autos ao Núcleo de Justiça Restaurativa, onde o conflito será trabalhado pelos facilitadores, desde que as partes concordem em participar deste procedimento.

Com a assinatura dos termos de consentimento, realização dos ciclos restaurativos²⁰² e elaboração do acordo restaurativo, construído pelas partes, os autos são encaminhados ao Juiz competente para que este homologue o acordo, caso esteja dentro dos limites legais e constitucionais. Entendendo aquele Juízo que o acordo é adequado e suficiente ao caso concreto, observa as garantias constitucionais, e atende aos fins do Direito Penal, o feito retorna ao Ministério Público para que ocorra a implementação e fiscalização do cumprimento do acordo.

Após a execução efetiva e integral do acordo, o *Parquet* deverá requerer o arquivamento dos autos, ante a ausência de justa causa e prescindibilidade de uso do sistema criminal comum naquele procedimento.

Se o acordo restaurativo, contudo, não for alcançado, os autos retornam ao Ministério Público para que este apresente a inicial acusatória e proponha com esta a ação penal²⁰³.

Sugere-se, ainda, que o procedimento restaurativo ocorra dentro do período máximo de 01 (um) ano, para que as partes consigam construir um melhor diálogo sobre o evento delituoso, sendo suspenso o prazo prescricional durante este tempo. Considerando que a pena abstratamente cominada ao delito de furto é de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ocorre a prescrição da pretensão punitiva em 08 (oito) anos. Assim, nas hipóteses em que os encontros restaurativo não lograrem êxito, haverá a propositura da ação penal, por meio da denúncia, e o processo seguirá na justiça criminal comum.

²⁰² Registre-se que, ao advogado do acusado será facultado participar dos encontros restaurativos.

²⁰³ Frise-se, neste ponto, que o procedimento da Justiça Restaurativa não pode intervir ou ser considerado para fins condenatórios no regular andamento do processo criminal nas varas criminais comum, como Defendido por Raquel Tiveron. TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 387.

Entende-se aqui que o Ministério Público, por ser o titular da ação penal pública, conforme previsão expressa na Constituição Federal, é o legitimado para realizar a avaliação do caso concreto e entender possível a aplicação da Justiça Restaurativa. Contudo, para que os resultados sejam efetivos, é necessário que os membros do *Parquet* estejam abertos a entenderem os anseios das vítimas e se afastem da cultura punitivista ainda vigente neste país.

Destaque-se, que de acordo com a Constituição Federal, o Ministério Público tem o dever de assegurar as finalidades declaradas da pena, proteger as vítimas e defender os interesses da sociedade, sendo todos estas competências compatíveis com os objetivos da Justiça Restaurativa. Neste sentido, assevera Raquel Tiveron²⁰⁴:

Assim, a atuação do Ministério Público como órgão constitucionalmente incumbido da ação penal pública é reclamada, sobretudo, na iniciativa para propostas que, como a justiça restaurativa, visam à democratização, à modernização e ao acesso à justiça. Ao apoiá-la efetivamente, o Ministério Público tem a oportunidade de reassumir seu protagonismo no sistema criminal como “condutor, catalisador, conformador e transformador” da política criminal, elegendo prioridades de atuação e atuando como centro gestor.

Ademais, não se deve olvidar a importância do Enunciado nº 99, do FONAJE, para a concretização e fundamento da tese levantada neste trabalho. Isso porque, o referido enunciado estabelece que “nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal”²⁰⁵. Em sendo assim, se a composição civil dos danos, que ocorre no âmbito cível, constitui fundamento suficiente para afastar a justa causa nas infrações penais de menor potencial ofensivo, com mais valor deve ocorrer o afastamento da justa causa quando realizado o acordo restaurativo, inserido na justiça criminal, para as hipóteses em que o Direito Penal protege tão somente o patrimônio.

²⁰⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 435.

²⁰⁵ FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciado N° 99**. Boa Vista, RORAIMA, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fofona/enunciados-criminais/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Registre-se que, como já exposto neste trabalho, a Justiça Restaurativa pode trazer muitos benefícios para a sociedade brasileira, inclusive, com possibilidade de redução dos índices de reincidência, haja vista que, por meio deste procedimento, é concedida a possibilidade do ofensor conhecer as consequências da sua ação e os danos que provocou à vítima, e assim, não voltar a cometer novos delitos²⁰⁶.

Ademais, como já demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, a segregação dos indivíduos favorece a reiteração delitiva, haja vista que, dentro do sistema carcerário, o acusado tem contato com outros presos, o que facilita a assimilação de novas técnicas criminais²⁰⁷. Assim, se há possibilidade de solução do delito afastada dos presídios, por todos os princípios constitucionais e bens tutelados pelo Direito Penal, é que esta deve ser a forma preterida para tanto, restando a intervenção por meio da ação penal nos casos de efetiva necessidade.

Consigne-se que, no procedimento restaurativo, a vítima possui verdadeiro lugar e momento de fala, de modo que se busca atender suas necessidades e danos²⁰⁸. Além disso, neste procedimento, há o encorajamento do ofensor para assumir a responsabilidade por sua ação, indicar os motivos do seu comportamento e tentar reparar o dano²⁰⁹. Sendo assim, entende-se que este deve ser o procedimento mais indicado para o delito de furto, que não acontece com emprego de violência ou grave ameaça às vítimas e resguardam/tutelam a propriedade destas.

Neste ponto, convém transcrever as palavras de Raquel Tiveron,²¹⁰ acerca dos ensinamentos de Claus Roxin, quando este autor tratou da inserção de métodos conciliatórios na Justiça Criminal:

De acordo com o jurista alemão, a pesquisa empírica mostrou que ambos os feridos (autor e vítima) e a comunidade não costumam exigir um castigo adicional ao autor quando ele repara os danos, em casos de crime de pequeno ou médio porte. Para ele, a justiça restaurativa é bem-vinda em favor dos interesses das vítimas, cuja reparação de danos é geralmente

²⁰⁶ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 78.

²⁰⁷ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 61.

²⁰⁸ ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007, p. 37.

²⁰⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 77.

²¹⁰TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 79.

frustrada com a prisão do autor. Ressalva o autor que a questão da reparação dos danos não é uma questão meramente jurídico-civil. Se feita de acordo com os princípios restaurativos, por exemplo, ela contribuiria significativamente para a realização das finalidades da punição. Consoante preleciona, isso é possível à medida que se requer que o autor enfrente as consequências de seu ato e conheça os legítimos interesses da vítima. Este enfrentamento tem mais chances de ser reconhecido pelo autor como algo necessário, justo, melhor, do que a pena, e pode fomentar o reconhecimento das normas penais, tal como propõe a função de prevenção geral positiva da pena.

Pontue-se que, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações - Infopen²¹¹, os delitos contra o patrimônio são os de maior incidência dentre as pessoas privadas de liberdade, chegando ao total de 234.866 (duzentos e trinta e quatro mil, oitocentos e sessenta e seis),²¹² destes, 61.115 (sessenta e um mil, cento e quinze) correspondem ao delito de furto (simples ou qualificado).

Diante destes dados e das condições e realidade dos presídios brasileiros, mostra-se, mais uma vez, a necessidade e possibilidade do uso da Justiça Restaurativa para estes delitos, uma vez que, por meio dela, pode-se reduzir os efeitos prejudiciais da reprimenda corporal, além de reduzir o índice de pessoas encarceradas, diminuindo, também, os gastos do Poder Público com a manutenção de pessoas no cárcere.

Convém salientar, que a Justiça Restaurativa possui potencial para atender, satisfatoriamente, e simultaneamente aos fins do direito penal, como a segurança pública, dissuasão, reabilitação do ofensor e ainda as necessidades das vítimas²¹³.

Noutro giro, não se exclui aqui, as possíveis críticas no sentido de que esta tese poderia configurar um “salvo conduto” aos acusados, ou mesmo beneficiar apenas aqueles que têm condições patrimoniais de restituir o bem à vítima.

Deve-se, contudo, ressaltar que a Justiça Restaurativa não deixa de ser uma forma de punição²¹⁴, ela configura, como já dissemos, um método alternativo de

²¹¹ BRASÍLIA- DF/BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-120720-19-0721.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019, p. 44.

²¹² Este dado se refere ao número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

²¹³ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 79.

²¹⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 75.

soluções de conflitos afastado da mera punição com imposição de dor através da pena.

Destaque-se, que ainda que o autor possa optar por seguir no sistema tradicional ou pela intervenção restaurativa, dentre suas escolhas não consta a possibilidade de não responder pelo dano cometido. Ademais, ainda que o procedimento restaurativo exija a voluntariedade das partes, esta escolha não afasta a possibilidade da reparação, de modo que há um ônus a ser suportado pelo ofensor.²¹⁵

Afasta-se, também, os argumentos no sentido de que a ideia da aplicação da Justiça Restaurativa, nos termos aqui defendidos, poderia se tornar um “salvo conduto”, através da criação de critérios para que seja concedida a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa nos casos concretos.

Neste sentido, defende-se aqui que à pessoa acusada pelo delito de furto, deverá ser concedida a possibilidade de escolha de solução do conflito por meio da Justiça Restaurativa. Após o aceite da vítima²¹⁶, regular andamento dos ciclos e realização do acordo restaurativo, os autos serão encaminhados ao Juízo criminal, para que este avalie o conteúdo do acordo restaurativo e realize a homologação.

Em continuidade, o processo é enviado ao Ministério Público, para que ele implemente e acompanhe o cumprimento do acordo. E, quando este for efetivamente executado, o membro do *Parquet* irá pugnar pelo arquivamento dos autos, ante a ausência de justa causa para a propositura da denúncia.

Posteriormente, se a mesma pessoa vier a ser novamente acusada por um novo furto, terá a possibilidade de realização de novo acordo restaurativo. Todavia, em um terceiro evento, os autos devem seguir o procedimento comum.

Outrossim, não há privilégio àqueles que possuem condições patrimoniais para restituir o bem da vítima, haja vista que, em sendo o acordo realizado pelas partes, no momento da celebração deste, elas podem ajustar suas possibilidades e necessidades.

²¹⁵ Idem, ibidem, p. 75.

²¹⁶ Pontue-se que, na hipótese da vítima não aceitar participar do procedimento restaurativo, mesmo após os facilitadores entrarem em contato e explicarem a ela em que consiste a Justiça Restaurativa, o Ministério Público deverá iniciar a ação penal, através do oferecimento da denúncia, seguindo o processo na justiça criminal comum, uma vez que a voluntariedade é em um dos pilares deste método alternativo para resolução dos delitos.

Além disso, o acordo restaurativo não se restringe à reparação do dano patrimonial²¹⁷, não se limita a²¹⁸

pagar una cierta cantidad de dinero y de articular algunas excusas hechas de paso. La recompensación es un proceso criativo, una contribución personal y social que requiere un esfuerzo de confesión y de luto psíquico y social por parte del autor del delito.

É importante lembrar, ainda, que o Ministério Público tem a função de iniciar a persecução penal, mas, também, tem o dever de cumprir seu papel de garantidor da estrita observância dos direitos e garantias, dispostos na Magna Carta,²¹⁹ o que se realizará com a adoção de medidas que abriguem as necessidades de ofendidos e ofensores envolvidos em um delito.

Ressalte-se, mais uma vez, que a Justiça Restaurativa possui, como aspecto principal, o fato das partes considerarem e decidirem elas mesmas o que deve acontecer diante do delito ocorrido, dentro dos limites constitucionais.

Por fim, entende-se aqui que a aplicação da Justiça Restaurativa, dentro desta proposta, se constitui como possibilidade de orientação de política criminal de intervenção mínima do direito penal e que contribuirá para sua eficácia²²⁰. Além disso, estará sendo realizado um dos objetivos trazidos na Resolução n° 225/16 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²²¹, que é o desenvolvimento e implementação da Justiça Restaurativa em âmbito nacional, bem como observará as indicações contidas na proposta de Planejamento de Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa elaborado pelo Comitê Gestor de Justiça Restaurativa do CNJ²²², no corrente ano.

²¹⁷ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 70/71.

²¹⁸ SCHNEIDER, Hans Joachim. apud OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 71.

²¹⁹ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 392.

²²⁰ Idem, ibidem, p. 411.

²²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n° 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

²²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa**: Resolução CNJ n° 225/2016. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/07/791781111412e76b197bd22ed1da7054.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

4.3 O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

Em 08 de setembro de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução nº 181/2017²²³, que trata da “Instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”.

Por meio do artigo 18, a referida Resolução introduziu no Brasil o Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP), que pode ser realizado entre o membro do Ministério Público, o acusado e sua defesa técnica, quando, após as investigações preliminares, restar demonstrada a prova da materialidade e indícios de autoria do crime, e desde que o investigado confesse formal e circunstanciadamente a prática delitiva, devendo cumprir determinadas condições.

Neste trabalho, acreditamos que há necessidade e possibilidade de inserção das práticas restaurativas, de forma mais ampla, no ordenamento jurídico pátrio, sendo defendido o afastamento de uma das condições da ação (justa causa), com a realização e cumprimento do acordo restaurativo, firmado entre vítima e ofensor.

Reconhecemos aqui, que a Justiça Restaurativa não se alinha ao Acordo de Não-Persecução Penal, haja vista que os processos restaurativos tem, por objetivo, tratar as consequências decorrentes do delito, enfatizando o dano sofrido pela vítima e a responsabilização do acusado, com oportunidade deste entender os efeitos de sua conduta, sempre com base em valores como respeito e inclusão²²⁴.

O Acordo de Não-Persecução Penal, por sua vez, não prioriza as necessidades do ofendido e não possibilita que o acusado entenda às consequências da sua ação e busque reparar os danos, pois não há espaço ou oportunidade de reflexão sobre o conflito, sendo o acordo firmado apenas entre o Ministério Público e o ofensor.

No entanto, apesar das grandes diferenças entre estes dois institutos, traçaremos, em apertada síntese, em que consiste o Acordo de Não Persecução Penal, vez que por meio da referida Resolução, o Ministério Público demonstra a

²²³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²²⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 38.

necessidade de buscarmos outras respostas/soluções para os crimes, além de indicar que não há “obrigatoriedade” de oferecimento de denúncia quando um acordo é considerado adequado e suficiente ao caso concreto, abrindo espaço, também, para inclusão de métodos conciliatórios na justiça penal brasileira. Vejamos:

A proposta do Ministério Público pode ser realizada para os delitos cuja pena mínima seja inferior a 04 (quatro) anos, e desde que não sejam cometidos com violência ou grave ameaça. Assim, tendo o investigado confessado formalmente o delito, e desde que não exista nenhuma causa impeditiva para o oferecimento da proposta (aquelas previstas no §1º, do art. 18, da Resolução), com a realização o acordo e homologação deste pelo Juízo competente, o membro do Ministério Público promoverá pelo arquivamento dos autos.

A resolução determina, também, condições para a realização do acordo, que podem ser aplicadas cumulativamente ou alternativamente. São elas: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e) cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Há certa discussão doutrinária sobre a constitucionalidade e legitimidade da proposta de Não-Persecução Penal no Brasil. Isso porque, enquanto para alguns autores, a exemplo de Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza, o acordo previsto na Resolução 181 é formalmente constitucional, em razão de constituir

matéria de política criminal²²⁵, outros afirmam que a normatização de política criminal não consta do rol de competência do CNMP, previsto no artigo 130-A, da Constituição Federal, além de indicarem que o conteúdo da proposta Ministerial consiste em matéria processual penal, de modo que o *Parquet* estaria legislando²²⁶.

Apesar das divergências doutrinárias, certo é que por meio da referida resolução, o Ministério Público reconhece a possibilidade de inserção do consenso na justiça criminal brasileira, e demonstra que estas formas de solução dos conflitos não violam o princípio da obrigatoriedade²²⁷.

No entanto, convém sinalizar, mais uma vez, que a proposta do *Parquet* não se confunde com a Justiça Restaurativa e difere da hipótese defendida neste trabalho, uma vez que não insere a vítima na formação do acordo e não possui as mesmas finalidades.

Em um acordo restaurativo, as partes se encontram em igualdade de posição e o conflito é tratado diretamente por elas. Na proposta de Não-Persecução Penal, os atores principais continuam sendo o órgão acusador e os profissionais do direito, consistentes na defesa técnica do acusado, não havendo espaço para participação da vítima²²⁸.

Como exposto alhures, e pelas características apontadas, repita-se, a Justiça Restaurativa não converge com o Acordo de Não-Persecução Penal, haja vista que este último não atende às necessidades da vítima e do ofensor, nem possui os benefícios decorrentes dos ciclos restaurativos. Contudo, este instituto foi brevemente discutido aqui, para ressaltarmos, mais uma vez, a inevitabilidade de implemento de métodos alternativos para resolução dos conflitos, e apontarmos que, ao nosso sentir, por meio da Resolução nº 181/17, o Ministério Público reconhece a necessidade de inclusão de outras respostas aos crimes, consistentes em práticas

²²⁵ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal.** 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

²²⁶ MORAIS, Hermes Duarte. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual?** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional#sdfootnote3sym>. Acesso em: 17 nov. 2019.

²²⁷ Idem, ibidem.

²²⁸ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 402.

que se distanciam da imposição da pena de prisão pura e simples, e da movimentação do poder judiciário nos casos concretos em que há prescindibilidade do uso do sistema criminal tradicional.

5. CONCLUSÃO

No curso deste trabalho, tendo como parâmetro a expansão da violência no país, e o aumento dos índices de reincidência, bem como do número de pessoas

encarceradas, foi defendida a necessidade e possibilidade do uso da Justiça Restaurativa, como método alternativo de solução de conflitos, o qual pode atender, com mais eficiência, às necessidades das pessoas envolvidas no conflito, e a sociedade.

Neste sentido, após a abordagem dos conceitos, pilares, objetivos e benefícios da Justiça Restaurativa, verificou-se a possibilidade de inserção das práticas restaurativas no crime de furto, sendo da competência do Ministério Público, legitimado constitucionalmente à propositura da ação penal de iniciativa pública, a percepção da possibilidade do uso deste procedimento em cada caso concreto, e encaminhamento do feito ao Núcleo de Justiça Restaurativa.

Em continuidade, defende-se que a consequência da realização do acordo restaurativo, homologação e efetivo cumprimento deste, será o afastamento da justa causa para o início do processo penal condenatório.

Assim, filiando-se ao conceito criado pelo professor Aury Lopes Jr., visualiza-se a justa causa como condição para propositura da ação penal, pela qual se exige a prova da materialidade do crime e indícios de autoria, e demonstração da necessidade do uso do sistema judiciário criminal tradicional no caso concreto.

Entendemos que, se há possibilidade de solução do delito afastado do sistema penal tradicional e uso das penas de prisão, por todos os princípios constitucionais e bens tutelados pelo Direito Penal, é que esta deve ser a forma preferida para tanto, restando a intervenção por meio da ação penal para os casos imprescindíveis.

Diante das discussões suscitadas, nota-se que é possível, com observância dos critérios e princípios já vigentes no ordenamento jurídico pátrio, que o acordo restaurativo afaste a justa causa para a propositura da ação penal de iniciativa pública no crime de furto, quando este se apresenta suficiente e adequado ao caso concreto.

Conclui-se que há viabilidade da inserção dos métodos restaurativos no delito de furto, e que o êxito do acordo restaurativo ocasiona o não oferecimento da denúncia, vez que demonstrado a prescindibilidade do uso do sistema criminal tradicional, para estes casos concretos.

Espera-se que com a prática da ideia aqui defendida, alcancemos, de modo satisfatório, os fins propostos pelo Direito Penal, como a segurança pública e

reabilitação do ofensor, e possamos atender, concomitantemente, os anseios e necessidades das vítimas.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n° 52, jul. 2006. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/minimalismos-abolicionismos-e-eficientismo-a-cri-se-do-sistema-penal-entre-a-deslegitimacao-e-a-expansao-1508702673>. Acesso em: 17 set. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 874, ago 2008, p. 445/479.

BRASIL. PLANALTO. decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. PLANALTO. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa do 2º Grau**. 2018. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/JR%20Cartilha.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019, p. 14.

BRASÍLIA- DF/BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BOSCHI, José Antonio P. **Ação Penal: Denúncia, Queixa e Aditamento**. Rio de Janeiro: Aiede Ed., 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa. Seminário Justiça Restaurativa**. Brasília, jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa**: Resolução CNJ nº 225/2016. Brasília, 2019. Disponível

em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/07/791781111412e76b197bd22ed1da7054.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas** - DMF. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019,

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Brasília, 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 8 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal**. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciado N° 99**. Boa Vista, RORAIMA, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 805. nov. 2002, p. 472/478.

JARDIM, Afrânio Silva. **Justa causa para instauração do processo penal condenatório**. Rio de Janeiro, ago, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/justa-causa-para-instauracao-do-processo-penal-condenatorio-por-afranio-silva-jardim-1508758576>. Acesso em 11 nov. 2019.

JESUS, Joanice Maria Guimarães de. Experiências significativas de Justiça Restaurativa. **Revista Consenso**, Salvador, v. 1, ano.1, p. 6/30, out. 2017.

JESUS, Joanice Maria Guimarães de. **Justiça restaurativa aplicada ao juizado especial criminal: em busca do modelo ideal**. 2014. 264 f. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-proc-esso-penal>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MELO, André Luís Alves de. **Mito sobre o rito: Obrigatoriedade da ação penal é um mito**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preve-obrigatoriedad-e-acao-penal>. Acesso em: 09 nov. 2019.

MORAIS, Hermes Duarte. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual?**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-pena-l-constitucional#sdfootnote3sym>. Acesso em: 17 nov. 2019.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2002, de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Josiele Leffa da. **A justa causa no processo penal**. 2012. 32 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito da Pontifícia, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012.

Disponível em:

<http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/josiele_silva.pdf>.

Acesso em: 15 nov. 2019.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

ZEHR, Howard. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Good Books, Intercourse, 2007.