

INTRODUÇÃO

Considerando que nossa democracia pode ser dita disjuntiva (HOLSTON, 2013), uma vez que há um sistema de distribuição diferenciada de direitos consolidado no país, que atua como um mecanismo de legitimação e perpetuação das desigualdades - e quase nunca para compensá-las, as políticas que visaram minimizar a desigualdade social e promover mais inclusão não foram suficientes para dissolver a ideia, ainda predominante, de que o Estado, e o sistema de justiça nele incluído, não existe para todos. Isso porque

num sistema de direitos de cidadania assim baseado na imunidade de alguns e na incapacidade de outros, os direitos se tornam relações de privilégio que atuam sem a obrigatoriedade do dever para com aqueles que não têm o poder de impor suas reivindicações (idem, p. 333).

Compreender o que envolve a efetividade ou não das mudanças dentro do sistema de justiça na promoção não apenas do acesso à justiça, mas também da percepção da sociedade sobre seu sentido e finalidade, é fundamental para os formuladores de política pública¹, considerando que o resultado provavelmente tem a ver com a estrutura social e com o como se dão as relações sociais com aquilo que motiva a ação coletiva.

As inúmeras tentativas de explicar o crime e a criminalidade para além de uma abordagem meramente etiológica, causal, acompanhadas das críticas ao sistema de justiça criminal e ao Direito Penal - na esteira da luta pelo acesso à própria Justiça, desaguam na constatação do próprio fracasso do sistema criminal. Uma das tentativas de renovar, nos fundamentos, a justiça criminal no mundo ocidental é o movimento da Justiça Restaurativa, surgida nos fins dos anos 1970.

No Brasil, a partir do final dos anos 1990, a Justiça Restaurativa torna-se objeto de estudo e modelo para projetos com jovens. Após 2005, entra na pauta das instituições, nos três poderes, como consequência do já avaliado fracasso do sistema criminal. No entanto, aparece inicialmente como mais uma forma de efetivar a pacificação social, sem, contudo, promover efeitos na realidade material em âmbito nacional e, nem mesmo, impactos na legislação criminal. Ganhará posteriormente espaço em instituições como o Conselho Nacional de Justiça

¹ Não apontamos para outros dispositivos que vem pressionando o sistema de justiça criminal e propondo alterações no direito penal, sem questionar seu viés punitivista, como o da justiça negociada. A antecipação da punição por meio de acordos e barganhas entre acusação e defesa, tem sido um dos principais meios de aceleração da resolução de processos penais (FERNANDES, 2005, p. 192).

(CNJ) e em alguns Tribunais, a exemplo do TJRJ e TJDFT, mas foi abandonado ou ignorado pelo Legislativo e pelo Executivo.

Essa situação nos leva a questionar se o processo penal brasileiro e as pretensões da ordem jurídica brasileira, reproduzidos e limitados nesse trabalho pelo princípio da não-obrigatoriedade, estariam prontos ou dariam espaço para o movimento restaurativo. O fato de esse novo modelo de justiça, incitado pelo Estado, primordialmente pelo Judiciário, não possuir regulamentação formal, por meio de Lei², justifica as dúvidas.

No entanto, acreditamos que há lugar para mudanças, desde que o conhecimento adequado da Justiça Restaurativa seja promovido. Isso deve permitir o reconhecimento de um paradigma não punitivo mais eficiente, democrático e humanitário para a sociedade.

1. LIMITES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ATUAL MODELO BRASILEIRO DE JUSTIÇA

O atual sistema de justiça criminal parece ter se contentado em acrescentar novos tipos de crime ao seu já longo rol, e novas formas de lidar com parte deles, sem que isso tenha afetado as instituições de maneira relevante nem o senso comum da necessidade de punir sobre o qual se assenta. Não que a doutrina não tenha, também, conhecido algumas mudanças relevantes, principalmente para dar conta dos questionamentos que as teorias de justiça trouxeram, mas, do ponto de vista do Estado, parece claro que há uma resistência à mudança que não foi ainda plenamente compreendida³.

Talvez a convicção de que os sistemas de justiça estão bem estabelecidos, que contam com leis sólidas, uma infinidade de instrumentos de controle social e que o delinquente e o criminoso tenham o tratamento adequado no sistema vigente, seja uma das faces dessa resistência. Por outro lado, os que atuavam dentro do sistema ou com os condenados, os reabilitando, ou com os potenciais delinquentes e criminosos, particularmente nas periferias

² Aparentemente os Projetos de Leis 7.006/06 e 2.976/16 foram esquecidos.

³ A verdade é que reformas ou inovações no Judiciário têm se revelado difíceis (PIRES, 1999; 2004), prevalecendo uma racionalidade (moderna) da pena, na qual sua modalidade *aflictiva*, em especial a pena de prisão, assumiria a posição central no autorretrato identitário do sistema penal (PIRES, 2004, p. 41). Álvaro Pires enfatiza que esta autoimagem teria como consequência a aplicação de normas de *modo hostil* (onde o transgressor é tido como inimigo), *abstrato* (a saber, na aplicação de um mal concreto, busca-se produzir um bem imaterial e mediato, como a dissuasão do delito), *negativo* (que exclui outras formas de sanção ou medidas, afirmando a norma de comportamento de maneira positiva) e, por fim, *atomista* (a preocupação com os laços sociais envolvidos não deve ter peso, salvo de forma secundária) (idem, p. 43). Haveria, assim, a correspondência entre as normas de comportamento (que fixam os crimes) e a pena aflictiva, levando ao processo de se definir a norma de comportamento pela própria pena. Para Álvaro Pires (idem, p. 42), advém disso a ontologização da estrutura normativa do direito penal, que tornaria praticamente impossível pensar o sistema penal (ou o próprio crime) numa lógica alheia à da punição.

das grandes cidades, questionam ininterruptamente a eficiência e o sentido do sistema penal/criminal, pressionando por mudanças de percepção e reformas.

Insistamos, isso não quer dizer que não existam mudanças, mas que as que existem estão em conformidade com visões legitimadas socialmente. Provavelmente, podem ser entendidas no contexto da multiplicidade de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos⁴ que vemos ser propostos e que são apresentados como um novo tipo de cultura na solução do litígio, que postulariam negociações harmoniosas e pacíficas, evitando a judicialização, ocorrendo fora ou paralelamente ao Poder Judiciário, com caracterização dos polos entre autor e réu (GARCEZ, 2003). Ou, nas palavras da professora Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 16), efetivou-se um “minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos”⁵.

Ironicamente, a sociedade brasileira tende a aceitar, como verdade absoluta, que o controle do delito é feito legitimamente apenas por meio de imposição legal. Nesse sentido, o Estado seria o único responsável pelo enfrentamento do crime e pela proteção dos cidadãos. Ao mesmo tempo, prolifera a sensação de insegurança e medo entre a população, conforme se conclui de inúmeras pesquisas sobre vitimização (ILANUD, 2002; ISP, 2008). É importante ressaltar que tais sentimentos, capturados por estudos de atitude realizados no país, estão presentes igualmente entre as elites e entre as demais classes sociais. Daí não ser estranho que a falta de segurança seja constantemente identificada como um dos principais problemas do Brasil (SCALON, 2007).

Assim, embora a legitimidade do Estado seja colocada em questão, por não ser capaz, na visão majoritária dos cidadãos, de manter controle do uso da coerção, e por não conseguir garantir os direitos fundamentais dos cidadãos⁶, prevalece o pensamento de que o controle dos delitos só é legítimo quando conformado legalmente, suportando a intervenção máxima do Direito Penal⁷. Isso contribui para a expansão da tutela penal e reduz, por outro lado, a

⁴ Em nosso ordenamento jurídico, desde a década de 1970, a conciliação, como método de resolução de conflitos, no âmbito civil, já estava devidamente estabelecida no CPC/73 – muito embora, já tenha aparecido em 1934, com a Consolidação das Leis do Trabalho e a instauração das Juntas de Conciliação e Julgamento (extintas pela EC 24/1999). A arbitragem recebeu sua forma legal por meio da Lei nº 9.307/96.

A instituição legal da mediação foi solenemente postergada no Legislativo brasileiro, cuja discussão formal foi iniciada em 1998, com o Projeto de Lei nº 4.827, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, para ser inserida no ordenamento jurídico nacional em 2015, por meio da Lei nº 13.140/15. Todos esses métodos ou meios de resolução de conflito somente avançaram após a sociedade civil organizada e o próprio sistema de justiça, em particular o Judiciário, terem incorporado teoricamente seus fundamentos e testado sua utilização, mesmo sem regulamentação em nível nacional.

⁵ Segundo a autora, esse “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos seria formado pela Resolução n. 125, pelo CPC de 2015 e pela lei de mediação, naquilo em que não conflitarem”.

⁶ Além disso, o Estado é identificado, ele mesmo, como autor de atos ilegais e gerador de violência.

⁷ Ou Direito Penal máximo, que, como movimento, posiciona-se em favor de um direito penal mais rigoroso e absoluto. Esse movimento, ainda de forma dispersa, surge nos Estados Unidos entre as décadas de 1970 e 80, tendo como paradigma aquele conhecido como “Law and Order movement” (movimento da Lei e da Ordem), que emerge em um momento político de

capacidade efetiva de atuação do próprio sistema. A consequência mais visível é o aumento da criminalização de condutas, que redundará na diminuição da credibilidade no sistema penal.

Essa situação escancara, por sua vez, entraves institucionais no impulsionamento dos princípios democráticos e na defesa dos direitos e garantias dos cidadãos. É nesse contexto que um novo modelo de justiça adquire notoriedade, sendo visto como um dos muitos movimentos surgidos ao longo da segunda metade do século XX, a partir da sociedade civil e de participantes de diversos órgãos do sistema de justiça criminal, com interesses que ultrapassam o mero problema do acesso à justiça, tendo pretensões de modificar o próprio sistema a partir de uma concepção diferente da punição, do crime e do papel dos envolvidos nos conflitos e na sua resolução.

A Justiça Restaurativa (JR) entra em cena não só como uma alternativa para reduzir os danos causados pelo próprio Direito Penal, mas também como oportunidade de fortalecimento da democracia (PALLAMOLLA, 2009, p. 146-150).

Se considerarmos o novo modelo uma evolução do processo tradicional e jurisdicional, com aprimoramentos em relação ao modelo retributivo vigente, com participação ativa dos sujeitos durante o processo de justiça; respeito com o outro e sua fala; reconhecimento dos laços sociais que unem todos os sujeitos (inclusive vítima e ofensor); responsabilidade etc, (FERREIRA DIAS, 2010) devemos considerá-lo também uma solução prioritária ao próprio Direito Penal, afinal este tem por característica ser a última *ratio*⁸.

O intuito, então, é a complementariedade com processo constante de desenvolvimento social, e não uma forma de exclusão. Interessante afirmação de Fábio Corrêa de Matos Souza sobre o processo penal, quando diz que esse encargo privativo do Estado teria suprimido os sentimentos e as motivações pessoais do ofendido e buscado o paradigma de justiça na harmonização social por meio de condutas típicas (SOUZA, 2012, p.89). Acrescenta, ainda, que o processo se transformou num fim em si mesmo, “a serviço da relação Estado-réu”, enquanto a relação vítima-réu, que necessitaria de maior atenção, restou ignorada (idem).

característica predominantemente neoconservadorismo e de estagnação econômica. Fica claro entender porque o endurecimento da política criminal seria vista como a solução para os altos níveis de criminalidade (SHECAIRA, 2013, p. 286).

⁸ Ou seja, o direito penal tem como um de seus princípios o da ‘intervenção mínima’, devendo ser buscado quando esgotados outros mecanismos legais e sociais. A expressão *ultima ratio* significa última razão ou último recurso. Como alerta faz algumas décadas Evandro Cunha Luna (1985, P. 30), não há nas legislações constitucionais penais contemporâneas um princípio assim explicitado taxativamente, mas não há dúvida de tratar-se de um princípio imaneente que, por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito, se imporia ao legislador, e mesmo ao hermenêuta.

Considerando a inadequação do Código de Processo Penal em vigor, desde 1942, formulado em fase autoritária e com fundamentos diferentes da nossa Carta de 1988, a JR no Brasil enfrenta o desafio de ter que se adequar à realidade nacional e às diretrizes das Nações Unidas, sem cair na armadilha de ser formalizada como apenas mais um instrumento a serviço do sistema criminal institucionalizado (RAUPP e BENEDETTI, 2007, p. 22.).

Diante da falência do sistema criminal brasileiro, e do conseqüente aumento da violência e da criminalidade, é possível defender ser esse modelo oportunidade transformadora e reintegradora, que clama por ampla participação da sociedade na promoção dos direitos humanos, da dignidade e da cidadania (GOMES PINTO, 2005, p. 35). No entanto, há obstáculos para a efetivação da Justiça Restaurativa no próprio Direito Penal, em seus fundamentos e princípios. Um desses entraves é o princípio da obrigatoriedade da ação pública incondicionada.

2. MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

É dever do Estado promover a pacificação social, com a proteção da sociedade e a punição daqueles que praticam crimes definidos em lei. Com base nisso, o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal⁹ atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública.

O artigo 24 do Código de Processo Penal, de 1941,¹⁰ indica que “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Assim, a doutrina majoritária entende que aos crimes processados e julgados nessa condição, incide o princípio da obrigatoriedade¹¹. Isso significa que, diferente da ação penal de

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹⁰ A própria exposição de motivos do CPP brasileiro demonstra a essência inquisitiva que jamais foi modificada, uma vez que a redação do artigo 24 é a original.

¹¹ Também chamado de princípio da legalidade processual, que “obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 47).

iniciativa privada¹², na ação penal pública, o Ministério Público, uma vez verificada ser a conduta típica e antijurídica, está obrigado a oferecer a denúncia¹³.

Ao mesmo tempo, incide sobre isso o princípio da indisponibilidade, ou seja, uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não poderá mais dela dispor (art. 42 do CPP), e também está impossibilitado de desistir do recurso que interpor (art. 576 do CPP).

Diante da infração penal, portanto, havendo elementos mínimos de informação, presença de condições da ação e justa causa, aos membros do Ministério Público “não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não” (LIMA, 2019, p. 229). Pode-se, por outro lado, afirmar que o princípio da obrigatoriedade garante a imparcialidade do Ministério Público e o tratamento isonômico daqueles que cometem delitos, uma vez que garantiria maior previsibilidade nas atividades daquele órgão (SOUZA, 2012, p. 92-94). Acrescenta Romeiro que a obrigatoriedade assegura o efeito intimidatório da resposta punitiva estatal (1978, p.94).

Em sentido diverso, Suxberger (2017) propõe que esses preceitos apenas reafirmam a titularidade da ação penal e que, por outro lado, a obrigatoriedade dessa atribuição seria proveniente de uma cultura penal bem característica do direito brasileiro. Ensina, assim, que

[...] na gestão da escassez de recursos, a imposição de uma regra geral para ajuizamento de ações penais impede a formalização e o reconhecimento normativo de que os arranjos institucionais do Estado atuam segundo uma ordem de prioridade. Se afirmada e publicizada, essa indicação de prioridade, que só ocorre num espaço de oportunidade de atuação estatal, mostra-se sujeita a instâncias de controle. Se invisível ou informal, como ocorre numa pretensa afirmação de obrigatoriedade que não se amolda à prática das instituições, esse espaço decisório continua existindo, mas livre de escrutínios e controle. (SUXBERGER, 2017)

Freitas (2019) corrobora o entendimento de que essa obrigatoriedade não seria inafastável ou absoluta. Diz que a realidade está aquém da vigência desse princípio em sua plenitude. Pelo contrário, exemplifica casos de inutilidade da persecução penal e critica a falta de atitude para enfrentar esse dogma impraticável. Infelizmente, vários são os preceitos do direito brasileiro que carecem de aplicabilidade prática. Aqui, não poderíamos dizer que todo

¹² A ação penal de iniciativa privada rege-se pelo princípio da oportunidade, segundo o qual o órgão estatal tem a faculdade (e não o dever) de propor a ação penal quando cometida uma infração penal. Ou seja, exerce tal faculdade de forma discricionária, considerando sempre a utilidade da *persecutio criminis*, o interesse público e a economia processual (artigos 30 e 31 do Código de Processo Penal).

¹³ O que é sintetizado com a máxima *Nec delicta maneat impunita*, ou seja, é mandatório que não pode haver delito sem punição. Parece contraditório com o princípio da independência funcional (do *parquet*), definido na Constituição Federal de 1988, uma vez que não poderá agir por conveniência, e, ademais, o ato será vinculado. Dessa forma, o Ministério Público não pode optar por não denunciar.

fato criminoso gera investigação formal e toda investigação formal provoca ação penal (SUXBERGER, 2017).

Não à toa a Lei 12.850/13, com redação dada pela Lei 13.964/2019, previu a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador for o primeiro a delatar e não for o líder da organização criminosa (art. 4º, 4§º).

Ainda para aqueles que justificam a obrigatoriedade da ação penal, com base nos artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal, percebe-se que não há, de forma explícita, a imposição da indisponibilidade da ação penal, mas tão somente o estabelecimento de que o *parquet* não pode desistir de ação ou recurso já interposto, ao menos não na mesma instância.¹⁴ Os mesmos dispositivos reafirmam a titularidade do Ministério Público para propor a ação penal, mais do que impõem sua obrigatoriedade.

Estudiosos como João Pedro Gebran Neto (1996) defendem a obrigatoriedade relativa, uma vez que existiriam possibilidades legais de composição entre infrator e vítima, a exemplo do que dispõe a Lei 9.099/95. O autor sustenta que, quando os malefícios da ação penal forem superiores aos da ofensa, não existiria justa causa para condição da ação. Do mesmo modo, enquadra os casos em que houver baixa probabilidade de condenação, ou se ela causar dano social maior do que o perpetrado pelo acusado (*idem*). O objetivo principal, portanto, seria atender o interesse público, que deve sempre ser verificado pelo membro do Ministério Público, detentor do poder de inaugurar a ação penal pública incondicionada.

Dessa forma, pode-se afirmar não haver disposição legal que estipule que a instituição ministerial deva propor ações penais a todo e qualquer custo. Ao permitir a discricionariedade, legitimada no artigo 28 do CPP, se confere à justiça criminal um caráter negocial. É o que vigora, por exemplo, nos EUA, por meio do *plea bargaining*, mecanismo pelo qual promotor e defensor negociam o conteúdo da acusação e o reconhecimento de culpa (TIVERON, 2014, p.389). Por isso, 90% dos casos de crimes naquele país não chegam a ser judicializados porque são resolvidos em fase anterior (*idem*). Aqui, porém, a atuação do Ministério Público estaria vinculada à indisponibilidade do interesse público. Caso contrário, o membro do *parquet* se resumiria a promotor de acusação em que o pedido da condenação seria cogente. O que não

¹⁴ Nada impede que o Procurador, em segunda instância, peça absolvição ou obrigue o promotor a recorrer.

ocorre porque não existe a obrigatoriedade de requerer a condenação, de acordo com o artigo 385 do CPP.¹⁵

Ademais, a existência do princípio da independência funcional ressalta uma contradição, vez que assegura aos membros do órgão ministerial autonomia para o desempenho de suas funções, sem nenhum tipo de submissão, salvo à Lei. Nesse sentido, a propositura da ação penal pública, de forma obrigatória, retiraria do Ministério Público a análise de conveniência e oportunidade a que teria direito de exercer e, conseqüentemente, fragilizaria e limitaria suas atribuições (OLIVEIRA, 2017).

Claro que o exercício dessas atribuições do órgão acusador possui discricionariedade regrada, balizada por Lei, e não o autoriza agir de forma desproporcional, mas o objetivo maior é a eficiência da persecução penal.

Assim, fato é a necessidade de releitura tendente a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, principalmente diante de outros postulados como o da independência funcional do *parquet*, o interesse público e a consagração do sistema criminal brasileiro e seus arranjos institucionais.

3. COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA COM A PROPOSTA RESTAURATIVA

Se a ação penal pública deve ser proposta independente de critérios políticos ou de utilidade social, porque seria a obrigatoriedade da ação penal o princípio que melhor atenderia aos interesses do Estado e da Justiça (TOURINHO FILHO, 2007, p.333), como seria possível conciliar os postulados da JR, que prima por uma análise subjetiva do fato, com acolhimento da vítima e a reconstrução de laços sociais?

Se considerarmos que o princípio da indisponibilidade daria à instituição estatal o dever de não desistir da ação, por que fazer uso da JR se a ação penal continuaria e ainda poderia finalizar com uma condenação?

Podemos falar em certas vantagens da abordagem restaurativa, que não são postas em xeque mesmo quando confrontadas pelo sistema criminal vigente. Considerando que a JR

¹⁵ Artigo 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

pretende facilitar o diálogo entre os envolvidos (vítima/família da vítima, ofensor e membros da comunidade afetados) e responsabilizar o ofensor, ainda que em nível simbólico, os efeitos jurídicos são secundários.

Como vimos, o foco da JR é auxiliar os envolvidos na resolução do conflito, aproximá-los, facilitar a comunicação e ouvi-los acima de tudo, em espaço confidencial que proporcione conforto e acolhimento. Não resta dúvida de que a experiência restaurativa é aplicável até mesmo na execução penal porque vai muito além de uma formação de juízo de culpa.

Para Gomes Pinto (2005, p. 20), é modelo compatível com o sistema jurídico brasileiro e com os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal, em que se utiliza técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar um acordo que atenda as necessidades individuais e coletivas e, ainda, a reintegração das partes envolvidas e a pacificação do ambiente afetado.

O mesmo autor explica que propiciar o diálogo facilita a identificação dos reais interesses e necessidades provenientes da ofensa e dos traumas gerados. O objetivo é fazer aceitar a responsabilidade, entender o processo e atingir um “resultado terapêutico”, tanto individual quanto social (idem, p.21). A aplicação desse modelo valorizaria a construção conjunta de soluções, e não a condenação ou a segregação.

Em consequência, confiar que o princípio da obrigatoriedade da ação penal seja barreira para efetivação do novo modelo, é ir de encontro aos princípios básicos que regem não só a JR como a própria Constituição, já que uma abordagem que visa a soluções mais humanitárias e pacíficas, com restauração de vínculos, traz aos cidadãos uma convivência harmoniosa, com exercício proativo da cidadania, valorização de sujeitos iguais e da dignidade da pessoa humana.

Como cita Suxberger, “a oportunidade deve se imbuir da intenção de conduzir a uma seleção segundo fins concretos (uma delas, justamente, corrigir a aplicação prática desigual da Lei), sem deixá-la abandonada ao arbítrio ou ao azar (SUXBERGER, 2017 *apud* MAIER, 2004, p.835/836)”. Diante da cultura punitivista vigente e da tendência expansionista do Direito Penal, que é um dos sustentáculos da persistência do dogma da obrigatoriedade da persecução penal entre nós, as práticas restaurativas podem servir de contraponto real ao sentido

tecnocrático que parece tomar conta do sistema punitivo¹⁶, no qual o processo penal é reduzido a mero instrumento para garantir a eficácia da aplicação da pena (MIRABETE, 2006, p.21).

Importante mencionar a avaliação de Hugo Cavalcanti Melo Filho (2003, p.82), o qual recomenda adotar mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC), cujos fins se assemelham aos restaurativos, para “eliminar as mazelas do Judiciário”, uma vez que, antes mesmo de “atacar os problemas que geram a morosidade e a corrupção, recomenda que devem ser adotados métodos concorrentes, que se beneficiem, na disputa, exatamente dos males observáveis no Judiciário”:

O acesso à justiça pode ser fortalecido através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). Estes mecanismos que incluem arbitragem, mediação, conciliação e juízes de paz podem ser utilizados para minimizar a morosidade e a corrupção no sistema. Outro elemento importante de acesso são as questões de gênero que devem ser consideradas em cada aspecto da reforma. As diferenças de gênero criam obstáculos para as mulheres, as impedindo ou dificultando de acessar o sistema jurídico para assegurar seus direitos. Visando aprimorar o acesso à justiça os programas da reforma devem considerar tanto os MARC vinculados as Cortes quanto os MARC privados. Esta estratégia permite uma competição na resolução de conflitos e conseqüentemente a discussão sobre o monopólio do judiciário. Os programas pilotos podem ser desenvolvidos em uma ampla variedade de áreas incluindo os MARC vinculados as Cortes e os MARC privados, ou juízes de paz. Estes programas também devem se concentrar em prover representação legal qualificada para as populações de baixa renda. Além disso, devem ser asseguradas informações que facilitem o uso do Judiciário, podendo incluir, conforme o caso, o uso de tradutores para os que não falam a língua oficial, bem como assistência aos analfabetos. A ampliação do acesso à justiça também depende das custas processuais, bem como dos honorários do advogado que são cobrados da parte. Os programas de reforma do judiciário devem rever as custas processuais determinado se são suficientemente altas ao ponto de deter demandas frívolas e condutas antiéticas, e se proporcionam o acesso aos que não tem condições econômicas e financeiras de demandar em Juízo. Neste sentido, também devem ser revistos os honorários advocatícios arbitrados pelo juiz.

Observa-se que, no mesmo sentido da Resolução 2002/12¹⁷ da ONU, o CNJ, editou a Resolução 225/2016, considerou a JR instrumento complementar ao processo criminal

¹⁶ O que poderia aliviar críticas como a de Alessandro Baratta (1987, p. 624), para quem “em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos”

¹⁷ Resolução n° 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas – ECOSOC. Texto na íntegra disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf. Acesso em 21/3/2020.

convencional, definiu conceitos e estabeleceu princípios norteadores, tais como informalidade, voluntariedade, imparcialidade, consensualidade, celeridade, dentre outros.¹⁸

O relator da minuta da Resolução 225, juiz Marcelo Nalesso Salmaso, integrante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, explicou que o entendimento do novo modelo se baseia não apenas em simples técnica de solução de conflito, mas forma de mudança de paradigmas de convivência para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e humana.¹⁹

Assim, temos o CNJ como órgão responsável por criar diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário²⁰, com forte recomendação de suas práticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não parece exagerado dizer que os instrumentos alternativos de composição dos danos, ocasionados pela prática de crimes, evidenciam uma falha no sistema penal, e dos fins a que ele se propõe, a exemplo da prevenção e da ressocialização. Por outro lado, é intenção explícita da Justiça Restaurativa valorizar as práticas não-violentas de resolução de conflitos, com participação dos envolvidos diretamente e da sociedade como um todo, em particular a comunidade na qual se inserem ofensor e ofendido, priorizando a reparação em detrimento da punição.

O acesso efetivo à justiça pode dar aos cidadãos uma visão mais benevolente sobre o sistema de justiça criminal, em particular se a eles é dado poder participar de forma ativa da sua administração. Não há dúvida de que isso aumenta as possibilidades de senão romper a zona de desigualdade, exclusão e discriminação, reduzir sua incidência, fazendo com que ofendidos e ofensores deixem de ser vítimas passivas de injustiças sistêmicas e se tornem colaboradores das instituições.

¹⁸ Informação disponível online, no website do Conselho Nacional de Justiça, em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em 22/03/20.

¹⁹ Informação disponível online, no website do Conselho Nacional de Justiça, em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em 22/03/20.

²⁰ O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), quando estabeleceu sua Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, Resolução nº 118/2014, definiu como uma das práticas autocompositivas as denominadas restaurativas.

Nesse sentido, Philip Oxhorn e Catherine Slakmon (2005, p. 201) apostam que a democratização do espaço institucional, por si só, aumentaria a confiabilidade e credibilidade na própria atuação estatal. Também nós acreditamos que a consequência da implementação de um modelo como o da JR é um reforço na credibilidade coletiva no Direito Penal e na Lei criminal.

A institucionalização da JR, por seu turno, deve colaborar para esclarecer que o princípio da obrigatoriedade da ação penal, defendida majoritariamente, não merece subsistir. Não apenas por não existir dispositivo legal que o explicita, mas porque há contradição com outros fundamentos. Da mesma forma, não há interpretação sistemática do ordenamento para acreditar no contrário. A indisponibilidade da ação penal pública incondicionada não representa, portanto, em si, uma barreira para implementação da JR.

É bom recordar, com a edição da Lei Federal 9.099/95, houve mitigação da suposta obrigatoriedade ao introduzir os mecanismos da transação penal e da suspensão condicional do processo, o que reforça a ideia de ser o processo penal instrumento de política criminal e não apenas meio para aplicação da sanção.

Ademais, percebe-se o próprio papel do CNJ na institucionalização da JR no Brasil, como órgão formulador da política judiciária nacional, instituída pelo modelo *top-down*²¹ e que também assume, portanto, o papel de identificar os problemas, com vistas ao aprimoramento da prestação jurisdicional. Eis aqui uma questão a ser analisada.

Dessa forma, mais uma vez, parece justificado afirmar que o princípio da obrigatoriedade não configura impedimento à adoção da JR, pelo contrário, demonstra a necessidade de adequação à uma nova cultura processual, bem como aos postulados fundamentais da Constituição Federal.

Resta claro, no entanto, que a própria persistência de dogmas como o da obrigatoriedade da ação penal indica uma séria resistência e persistência da cultura punitivista entre nós (do mesmo modo que ocorreu com os institutos da Lei 9.099, ainda por muitos banalizados). Assim, entender que a Justiça Restaurativa seja fundamental e complementar à justiça criminal brasileira, exige trabalho de conscientização, esclarecimento e sensibilização

²¹ Ainda considerando uma visão clássica, a implementação de uma política pública seria parte de um jogo de uma rodada só, na qual “a ação governamental, expressa em programas ou projetos de intervenção, é implementada de cima para baixo (*top-down*)” (SILVA; MELO, 2000, p. 4).

de toda a sociedade, afinal o mero exercício de denunciar não é garantia de condenação e repressão.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Principios del Derecho Penal Mínimo* (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto Y Limite De La Ley Penal). Buenos Aires: Revista Doctrina Penal, n. 10-40, 1987.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. *Valores e Judiciários*. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os Judiciários nacionais. In: Revista 19 Cidadania e Justiça da AMB, ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA DIAS, Ana Beatriz. *A Justiça Restaurativa por um Viés da Pesquisa em Linguagem: Por uma Nova Visão de Mundo*. Porto Alegre: PUC-RS, 2010. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/sited/arquivos/AnaBeatrizFerreiraDias.pdf>. Acesso em 22/2/2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. *O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal*. Consultor Jurídico – CONJUR. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal>. Acesso em: 1 de março de 2020.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRs, mediação e conciliação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito Policial: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade*. Curitiba: Juruá, 1996.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?* In: SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades*. In: Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016.

HOLSTON, James. *Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA (ISP). Secretaria de segurança do governo do estado do Rio de Janeiro. *Pesquisa de condições de vida e vitimização 2007*. Rio de Janeiro: ISP, 2008.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD). *Pesquisa de vitimização 2002 e avaliação do PIAPS*. São Paulo: FIAUSP, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. Com observações à nova parte geral do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. **R. CEJ**, Brasília, nº 21, p. 79-86, abr./jun. 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: 18ª ed., Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 237-262 – jan./jun. 2017. Disponível em <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 1 de março de 2020.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil*. Em: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PIRES, Alvaro Penna. *Alguns Obstáculos a uma Mutação "humanista" do Direito Penal*. Sociologias - Revista semestral do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, 1, n. 1, Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre, 1999.

_____. *A Racionalidade penal moderna, público e os direitos humanos*. In: *Novos Estudos*. São Paulo, n. 68, mar. 2004.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. *A Implementa o da Justiça Restaurativa no Brasil - Uma Avalia o dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*, 2007.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SCALON, Celi. *Justiça como igualdade? A percep o da elite e o povo brasileiro*. Sociologias, Porto Alegre, ano 9, n. 18, jun./dez. 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, P. L. B.; MELO, M. A. B. de. O processo de implementa o de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avalia o de programas e projetos. **Caderno de Pesquisa**. Campinas, n. 48, 16 pp. 2000.

SOUZA, Fabio Correa Matos.. *A mediação no processo penal e o princípio da obrigatoriedade: novo paradigma*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, Universidade Estácio de Sá, 2012.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal*. Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado de Goiás. 2017. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf. Acesso em: 1 de março de 2020.

TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*: v.1. São Paulo: 29° ed., Saraiva, 2007.