

**As práticas restaurativas como alternativa ao processo penal:
da proposta de ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio***

Samia Saad Gallotti Bonavides¹

Mário Edson Passerino Fischer da Silva²

Resumo: O trabalho analisa o tema das práticas restaurativas no processo penal perscrutando a forma como se dá o acertamento do caso penal em nossa tradição jurídica, analisando que a pacificação social também é um dos fins do direito penal. Duas conclusões são extraídas a partir disso: uma de cunho inovador e não acatada, de forma geral, pelas interpretações majoritárias dos textos vigentes, que consiste em admitir que não há justa causa quando uma prática restaurativa for utilizada como alternativa, em sendo alcançado o acordo restaurativo; a segunda tem pleno apoio nos entendimentos majoritários e outra, b) a de que já existem institutos que propiciam, na linha do entendimento majoritário, a inclusão de práticas restaurativas.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Direito penal, Processo penal. Justa causa.

Sumário: Exposição introdutória do tema. I - O principal escopo do direito penal (e do processo penal). II - A existência (ou não) de justa causa quando estiverem harmonizadas as relações sociais. III - Institutos jurídicos que permitem o uso de práticas restaurativas de acordo com o entendimento majoritário. Conclusão.

Exposição introdutória do tema:

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

Na tradição jurídica contemporânea o acertamento do caso penal se dá por meio de um rito baseado no contraditório (COUTINHO, 1989, p. 29-30, 134) e com pressupostos que naturalmente o afastam da pauta subjetiva relativa aos conflitos. Em primeiro lugar, porque todo processo criminal volta-se à verificação da aplicação (ou não) da norma penal sobre réu. Em segundo, porque a sublimação do conflito entre indivíduos dá-se pela concepção de que a norma jurídica é a “real ofendida”, pois o crime é concebido como uma ofensa a um “bem jurídico”.

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

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

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

1 Procuradora de Justiça Coordenadora do NUPIA - Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR

2 Servidor lotado no NUPIA - MPPR

A racionalidade jurídica penal, portanto, ofuscou a dimensão humana dos conflitos subjacentes aos casos submetidos ao sistema de justiça, colaborando para incrementar a incomunicabilidade do mundo do dever-ser, onde se concebe crime como uma ação típica, antijurídica e culpável, com o mundo do ser, no qual os crimes com vítimas resultam em ofensas a indivíduos dotados de sentimentos, necessidades e expectativas.

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

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

Dessa maneira, o acerto do caso penal, embora juridicamente independente das consequências disruptivas que provoque na realidade social, só se justifica quando, na prática, assegura a harmonia na convivência social e perpetua a estabilidade das relações humanas. Isso é o que se desprende da Constituição, no seu preâmbulo, quando se lê que o Estado democrático de direito brasileiro está comprometido na ordem interna com a solução pacífica das controvérsias, e quando, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão indicados “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos (...)” (art. 3º, I e IV).

Partindo de premissas como essas, o sistema de justiça ao reconhecer os custos financeiros e sociais gerados pela pena (que são grandes), tem buscado alternativas de gestão de conflitos que mirem efetivamente a abordar as causas e consequências do caso penal na vida das pessoas, sendo que entre estas opções estão as práticas restaurativas, inseridas, inclusive, na regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público (Res. nº 118/2014) para uso na prática institucional.

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

Além da saturação do sistema penal, como se encontra atualmente, ainda há de se considerar que a justiça restaurativa se mostra um paradigma que atenta para as necessidades humanas. Sob esta ótica, o crime é compreendido como uma agressão que afeta o indivíduo e enfraquece os vínculos que ele possui, de tal forma que sua resolução dependeria do diálogo para a devida compreensão do ocorrido e do empoderamento da vítima, a fim de ser ela estimulada a se expressar e participar ativamente da formulação da solução ao caso, mediante a responsabilização do autor da ofensa (ZEHR, 2014, p. 89-90).

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

A Resolução CNJ nº 225/2016, por exemplo, atenta para o fato de que diante da “*complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários*”, e, assim, estipula padrões básicos que o Poder Judiciário deverá observar quando da implementação de projetos de justiça restaurativa, ressaltando a relevância das práticas restaurativas para a resolução plena de conflitos e para o empoderamento das pessoas neles envolvidas.

Essas práticas vão além da mera consideração dos termos da lei, como faz o limitado processo judicial, tendo foco centrado nos fatores relacionais dos sujeitos, buscando, sempre que possível, promover a reparação dos danos causados por meio de um acordo ou plano de ação, elaborado conjuntamente pela vítima, pelo autor da ofensa e pelos apoiadores destes que estejam participando do momento.

A Resolução CNMP nº 118/2014, por sua vez, cria a política de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, e no art. 13, dispõe que “*as práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos*”.

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

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

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

I - O principal escopo do direito penal (e do processo penal).

O processo penal é um instrumento de legitimação da aplicação (ou não) da pena, e, conseqüentemente, da legitimação (ou não) quanto a um juízo normativo de reprovabilidade (penal) sobre uma conduta. Todavia, se o operador do direito realizar um exercício cognitivo regressivo, a fim de aferir qual a razão de ser do processo e do próprio direito penal, perceberá que “a proteção de bens jurídicos”, “a punição de delitos”, “a garantia de respeito à legalidade”, “o asseguramento de garantias ao réu”, “o acertamento do caso penal”, “a expiação do delito”, “a responsabilização do ofensor”, são apenas fins imediatos, que não justificam, por si só, a missão da *persecutio criminis*.

Considerando que o direito penal é a forma mais severa de violência institucional, tanto o legislador quando os que atuam no sistema, precisam considerar que qualquer intervenção penal deve ocorrer apenas quando não se mostrarem viáveis outras maneiras de: (i) promover a pacificação social, (ii) restabelecer a

legitimidade do referencial normativo que veda a conduta delituosa, e (iii) respaldar a crença na autoridade das instituições. Essa é a lógica dos princípios basilares e contentores desta violência, como os da *ultima ratio* e da intervenção mínima.

Ocorre que, os mencionados princípios são comumente atrelados a vetores de orientação, relativos à criminalização primária, ou seja, à atividade legislativa. Entretanto, não haveria como o legislador esmiuçar toda situação, para aferir a existência de interesse social e jurídico, na punição penal de uma conduta, razão pela qual os referidos princípios, por uma questão de lógica jurídica dedutiva (e não de *mera política criminal*), devem nortear também a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

É preciso refletir sobre a presença/ausência de interesse jurídico, racional ou social, que eventualmente persistiria, para o exercício da pretensão acusatória, em casos nos quais houve efetiva harmonização das relações sociais, com a responsabilização pública do ofensor e consequente aplacamento dos efeitos disruptivos e danosos da conduta delitiva; pois, admitir a necessidade incondicional da persecução penal sempre, acaba, nessa linha de raciocínio, por provocar justamente o efeito inverso daquilo que legitima, em último grau, a existência do processo e o direito penal.

Independentemente da vertente que se adote, mesmo aqueles (maioria), que discordam ser possível a autocomposição como alternativa ao processo e à pena, admitem que o processo penal tem como escopo último promover a pacificação social, ao frear a "justiça pelas próprias mãos", fornecendo uma resposta institucional acerca da reprovabilidade (ou não) da conduta praticada.

Supõe-se que, deixar nas mãos dos indivíduos este acerto, isso provocaria mais insegurança e fomento à violência, em relação à intervenção institucional controlada, a partir dos limites estipulados pela pena positivada e aplicada, após um ritual formal (processo), previamente articulado.

Segundo Roberto Antônio Darós MALAQUIAS "o processo é a produção humana para atender a uma função essencial que é a pacificação social dos cidadãos em conflito". Isso se aplicaria tanto em relação ao processo civil quanto ao penal, afinal o autor ressalta que o fim da realização do direito penal é a paz social (2012, p. 214-216). Ele ainda cita outra voz na doutrina, Maria Thereza de Assis Moura, esclarecendo que ela, mesmo discordando da assimilação de técnicas autocompositivas pelo processo penal, acompanha essa perspectiva afirmando que "o fim último do poder-dever de punir é a paz social" (MALAQUIAS, 2012, p. 211).

Aliás, reconhecer essa finalidade mediata do direito penal, é reconhecer sua razão de ser, a partir de qualquer perspectiva que se faz, num exercício regressivo histórico sobre sua existência.

O retributivismo clássico, por exemplo, define a pena como um fim em si mesmo, por uma questão de necessária reprovação da conduta ilícita, ainda que esta reprovação provoque mais alarme social e não tenha utilidade alguma. Entretanto, apesar da aparente incoerência, a lógica de harmonização das relações sociais está também presente nessa vertente, pois se o objetivo é punir alguém simplesmente porque a conduta está ontologicamente errada e porque o sujeito, racionalmente, optou por realizá-la, o que se espera do punido é que ele não cometa outros atos reprováveis, porque a ideia é que os cidadãos racionais caminhem pela estrada da retidão e, não o fazendo, se sujeito à punição (GÜNTHER, 2006, 190-193).

O juízo de reprovabilidade penal, nesta lógica, vem para afirmar que há práticas inaceitáveis, pois os cidadãos devem agir de acordo com as leis. Permitir o contrário, nesse raciocínio, comprometeria a estabilidade social, sendo, por isso, imperiosa a responsabilização por meio da pena, para diferenciar o que é aceitável que não é. Logo, apesar da tentativa de limitar a justificativa da aplicação da pena apenas com base no argumento de que "ela é um fim em si mesmo", não há como fugir do fato de que seu fim último é a harmonização das relações

sociais; isso mesmo no retributivismo, que trata da expiação do crime cometido pela pena, a fim de que a sociedade possa separar o certo do errado, e manter seu desenvolvimento conforme as diretrizes jurídicas (GÜNTHER, 2006, p. 198).

O mesmo vale com relação às teorias prevencionistas, posto que, na prevenção geral positiva, a aplicação da pena se dá pela justificativa de que os demais cidadãos, que não cometeram o crime, não devem perder a fé na autoridade da norma, pois, do contrário, a mensagem seria de admissão da possibilidade de desrespeitá-la, sem consequências, colocando em risco a autoridade de todo um referencial deontológico que rege as interações e expectativas humanas. A prevenção geral negativa almeja fim idêntico, porém com base na produção do medo da sanção, a qual, se não for aplicada em sendo constatado um delito, teria como consequência, em tese, o desrespeito generalizado às normas (GÜNTHER, 2006, p. 193-194, 199-201).

As prevenções especiais também se fundam na lógica da harmonização, seja a *prevenção especial positiva*, na perspectiva de formatar a subjetividade do indivíduo, para que harmonize sua conduta com a norma e deixe de adotar comportamentos anômicos, criminalmente sancionáveis; ou ainda, a *prevenção especial negativa*, a partir da qual se busca anular o sujeito para que não pratique mais crimes, pois isto desrespeita o dever-ser das relações humanas a partir da ótica jurídica (GÜNTHER, 2006, p. 195-198).

A própria justificativa do direito penal como ramo jurídico destinado a proteger bens tidos como fundamentais, não foge à referida razão de ser. Isto porque ele se aplica *post factum*, quando o bem jurídico já se encontra violado, e tal perspectiva, para que exista coerência no raciocínio, se funda numa noção prevencionista, ou seja, evitar que as pessoas agridam bens jurídicos, pela associação desta lesão com a aplicação da pena.

Por conclusão, a primeira tese aqui defendida é que o fim último do direito (e do processo penal) é a preservação da paz social.

II - A existência (ou não) de justa causa quando estiverem harmonizadas as relações sociais.

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

Marco Aurélio Nunes da Silveira afirma que a conciliação e a transação penal jamais poderiam ser consideradas meios extraprocessuais de acerto do caso penal, porque admitir isto seria o equivalente a admitir a aplicação da pena sem a presença prévia do processo, o que é inconstitucional (2016, p. 161).

Em se tratando da adoção de práticas dialógicas de resolução de conflitos, o que se está fazendo não é acertar o caso penal, porque isso depende da sobreposição da pena ao fato/ato e, dessa forma, da atuação da jurisdição. Logo, não se trata aqui da aplicação da pena pela *mediatio*, mas da *mediatio* como alternativa à pena, ou seja, da possibilidade de harmonização e pacificação das relações sociais, por meio de técnicas mais pedagógicas e dialógicas, de maneira tal que a intervenção penal se mostre desnecessária.

Quando se fala de harmonização das condutas, de acordo com o ordenamento jurídico, não se admite que, para tal conformidade deva ser aplicada uma pena, e sim que as relações humanas tenham se estabilizado, evidenciando que eventual aplicação de uma pena apenas produziria o efeito inverso que o plano institucional almeja produzir.

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

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

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

Propor uma interpretação dessa natureza, gera algum desconforto, que se atrela a três questões principais: (i) a suposta ausência de legitimidade democrática do magistrado e promotor de justiça para decidirem pelo não processamento penal de uma conduta aparentemente típica, ilícita e culpável; (ii) a realização de um possível exame de mérito durante o momento de análise da admissibilidade da acusação; (iii) a impossibilidade de realização do acerto do caso penal por outro meio que não seja o processo (o que já foi aqui mencionado).

Quanto à ausência de legitimidade, observa-se que o art. 28 do CPP ao prever situação em que não haja concordância do juiz com as “razões invocadas” pelo membro do Ministério Público, denota a possibilidade de o pedido de arquivamento do inquérito policial conter outras justificativas que não a “ausência de indícios de autoria e materialidade”, o que é, inclusive, uma construção doutrinária.

Em assim sendo, o próprio legislador concedeu oportunidade ao promotor de justiça e ao juiz, de acordarem pelo arquivamento do inquérito e, caso não o façam, caberá ao Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público, decidir por manter, ou não, o arquivamento. Obviamente não se trata de mera discricionariedade, pois tudo isto deve estar amparado juridicamente, em respeito à isonomia, e no que tange à ausência de necessidade em perseguir criminalmente. Este motivo seria então, nessa linha proposta, racionalmente bem compreensível e nem um pouco inidôneo, visto que se refere à prévia harmonização (dialógica) das relações sociais. Esta justificativa, como já mencionada no início deste trabalho, está legitimada constitucionalmente e pelos fins últimos do direito.

Em face do contexto histórico de violência estatal garantiu a Constituição que, em razão do desenho do Estado democrático de direito, tivesse o cidadão um protagonismo e uma liberdade sem precedentes, e isto também se coaduna com composição dos conflitos correspondentes a casos penais, por meio de práticas dialógicas que materializem este protagonismo, podendo evitar danos e gastos advindos de um processo penal e da aplicação de pena.

Repise-se que, separar as pessoas, o conflito entre elas e o caso penal, é, apenas, uma estratégia jurídica para maximizar as chances de conformar a conduta humana com o direito, promovendo a estabilidade das interações intersubjetivas de acordo com o ordenamento. Mas, em sendo viável a concretização da harmonia social por meio da solução pacífica, que também promove a estabilidade por uma abordagem autocompositiva, também está cumprida (e bem) a missão social do direito, desaparecendo, conseqüentemente, a justa causa para o processo penal (art. 395, inc. III, do CPP).

Observe-se que, as premissas são: a harmonização social das relações afetadas pelo caso penal, com a responsabilização do ofensor, numa censura produzida pelo concerto com a vítima e a comunidade afetada, tudo concretizado num acordo cumprido com previsão de reparação, ainda que simbólica, da ofensa, bem como na demonstração de assimilação da reprovabilidade da conduta. Tudo isso tem respaldo constitucional e infraconstitucional para operar como ausência de justa causa.

Com relação à crítica sobre a averiguação da 'harmonização social' estender o exame de admissibilidade da denúncia, é responsável pelo fato de que aquela deve integrar, como já tratado, o conceito de 'justa causa', que é uma condição da ação nos termos do art. 395 do CPP.

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

Da mesma maneira então, verificar a ocorrência de responsabilização do agente, o cumprimento de um acordo restaurativo, a harmonização das relações afetadas pela ofensa a partir destes dois critérios, e de estudos psicossociais realizados com as pessoas diretamente e indiretamente atingidas no caso penal, não implica em uma análise de mérito sobre a ocorrência, ou não, de um crime. Novamente é de se reforçar que o juízo acerca da justa causa não significa um acerto do caso penal sem processo, e nem, tampouco, o é o resultado concretizado a partir do cumprimento de um acordo restaurativo, afinal, porque, em nenhum dos casos, alguém deverá cumprir uma pena ou algo equivalente a ela.

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

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

Então, a segunda tese defendida é que, o uso de práticas restaurativas, previamente a qualquer intervenção penal, permitindo que os envolvidos construam coletivamente um acordo para a responsabilização do ofensor, com a reparação, ainda que simbólica, à vítima, e, assim, promova a harmonização das relações sociais, tendo como referencial tanto o direito quanto os sentimentos, necessidades e expectativas dos envolvidos, torna juridicamente desnecessária a persecução penal da conduta, por falta de justa causa.

III - Institutos jurídicos que permitem o uso de práticas restaurativas de acordo com o entendimento majoritário.

Para além da proposta de inovação em relação à ressignificação do caso penal e da extensão do conceito de justa causa, já existem institutos aptos a concretizar o que aqui foi tratado, ainda que de modo mais restrito.

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

O §1º, inc. I, do dispositivo, indica como condição da suspensão, a reparação do dano, e o §2º dispõe que o juiz poderá especificar outras condições adequadas ao fato ou à situação pessoal do acusado. Há portanto possibilidade do uso das práticas restaurativas, preservada a voluntariedade das participações dos envolvidos, sendo que os termos da suspensão condicional podem ser vinculados ao acordo que seja resultante da abordagem restaurativa.

As práticas, pautadas na adesão voluntária e na confidencialidade, seriam realizadas antes da apresentação da denúncia, supondo-se que isso ocorreria de qualquer forma. Quando um acordo fosse concretizado, o agente ministerial, ao propor a ação penal, poderia utilizar os termos acordados para formular as condições da suspensão condicional do processo, o que se daria com maior legitimidade em face da vítima e do ofensor, o que aumentaria as chances de cumprimento, garantindo ainda que as práticas restaurativas atuem como uma alternativa ao processo e à pena, e não como pena alternativa.

Esta última ressalva é fundamental para a compreensão do que é a justiça restaurativa, visto que as práticas a ela vinculadas não podem funcionar como uma espécie de *soft punishment*, e sim uma responsabilização pautada na censura, na voluntariedade e no diálogo. As práticas restaurativas, portanto, não podem ser comparadas à pena, pois não possuem caráter aflitivo.

Ainda, quanto à confidencialidade, importante apontar que tudo que é discutido entre vítima, autor de ofensa e apoiadores, não é divulgado para o plano institucional, a menos que todos os envolvidos concordem ou materializem suas conclusões em um acordo, que possa servir de base para eventual arquivamento de inquérito, ou para uma suspensão condicional do processo. O diálogo entre os participantes, facilitado por pessoas previamente capacitadas a conduzir essas práticas, mira a compreensão das várias dimensões do conflito, antes de qualquer coisa, sendo o acordo uma mera consequência.

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

O acordo possui natureza de negócio jurídico público extrajudicial entre o Ministério Público e o investigado, na perspectiva de buscar alternativas para conferir respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade (CABRAL, 2017, p. 15).

Nessa linha, as práticas restaurativas podem ser utilizadas, conforme permissivo do inc. V do art. 18, se houver a concordância do ofendido e também do investigado, hipótese em que, atingido o consenso, o cumprimento das medidas acordadas servirá de justificativa para a satisfação do acordo, ressaltando-se que a efetiva participação do investigado nas abordagens restaurativas deve ser considerada para o fim de abrandar

outra condição do cumprimento do acordo de não-persecução penal subsidiário à proposta restaurativa caso não seja obtido o consenso (ESTADO DO PARANÁ 2018).

Finalizando, a terceira tese é que já existem meios jurídicos, atrelados ao entendimento majoritário, que permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, de forma a ser possível dar esta maior atenção às necessidades da vítima, bem como promover a responsabilização do ofensor de modo construtivo.

Conclusão

1. O fim último do direito (e do processo penal) é a preservação da paz social.
2. O uso de práticas restaurativas, previamente a qualquer intervenção penal, permitindo que os envolvidos construam coletivamente um acordo para a responsabilização do ofensor, com a reparação, ainda que simbólica, à vítima, e, assim, promova a harmonização das relações sociais, tendo como referencial tanto o direito quanto os sentimentos, necessidades e expectativas dos envolvidos, torna juridicamente desnecessária a persecução penal da conduta, por falta de justa causa.
3. Já existem meios jurídicos atrelados ao entendimento majoritário, que permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, de forma a ser possível dar esta maior atenção às necessidades da vítima, bem como promover a responsabilização do ofensor de modo construtivo.

Enunciado: A justiça restaurativa, como proposta dialógica da administração de conflitos utilizada previamente a qualquer intervenção penal, configura ausência de justa causa para a instauração de ação penal, que se mostra desnecessária, quando houver restauração de vínculos entre os envolvidos, mediante a construção de um acordo para a responsabilização do ofensor, havendo a reparação à vítima. Além disso, existem meios jurídicos (condição da suspensão condicional do processo ou do acordo de não persecução penal), os quais permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, e estes conseguem resultados de melhor atenção às necessidades da vítima, promovendo a responsabilização do ofensor de modo construtivo.

Referências bibliográficas.

- ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. Tese (doutorado), Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.
- BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para a resolução de controvérsias. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Em: **Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia**, fls. 615-628, 2016.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não-Persecução Penal. Em: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; DO Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal**. Juspodvm, p. 1-32, 2018.
- CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The british journal of criminology**, Oslo, vol. 17, 1977.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípio Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a.30, n° 30, p. 163-198, 1998.
- ESTADO DO PARANÁ. **Enunciados do Grupo de Pesquisa em Métodos Autocompositivos do Ministério Público**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: A Censura para além da Punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro; FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. **R. Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito GV 4.**: v. 2, n. 2, p. 187-204, dez. 2006.

MALAGUINAS, Roberto Antonio Darós. A função social do processo no estado democrático de direito. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

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

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

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2014.