



ESPAÇOS DE AMPLIAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA BRASILEIRA: O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.

Lucas César Costa Ferreira *
José Querino Tavares Neto **

RESUMO

A partir de um exercício de revisão bibliográfica e mediante pesquisa teórica, este trabalho científico tem por objetivo, a par da feição judicial da justiça restaurativa brasileira, avaliar novos espaços de estruturação e desenvolvimento desse emergente paradigma. Nesse cenário, tendo em vista os obstáculos dogmáticos e estruturais encontrados em território nacional, em especial o anacrônico princípio da obrigatoriedade da ação penal, identifica-se o Ministério Público como palco para desenvolvimento de potencialidades da justiça restaurativa.

Palavras-chave: justiça restaurativa judicial; princípio da obrigatoriedade.

SPACES OF ENLARGEMENT OF BRAZILIAN RESTORATIVE JUSTICE: THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND THE MANDATORY PROSECUTION.

ABSTRAC

From a bibliographical review exercise and theoretical research, this scientific work, along with the judicial aspect of Brazilian restorative justice, aims to evaluate new spaces of structuring and development of this emerging paradigm. In this scenario, considering the dogmatic and structural obstacles encountered in the national territory, especially the anachronistic mandatory prosecution, the Public Prosecutor's Office is identified as the stage for the development of restorative justice potentialities.

Key-words: judicial restorative justice; mandatory prosecution.

Introdução

O Sistema de Justiça brasileiro vive uma profunda contradição sem precedentes, seja pela insuficiência de quadros diante do aumento exponencial de processos, ausência de estrutura, a ausência de qualificação dos seus membros, e pior, um grande risco de desvio de

* Mestrando em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal de Goiás. Pós-graduado no curso "Ordem Jurídica e Ministério Público" pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário em Brasília. Promotor de Justiça em Goiás. lucascferreira@yahoo.com.br

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professor do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UFG. Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra com bolsa da Capes. Consultor das Faculdades Atenas de Paracatu. Bolsista de Produtividade do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. josequerinotavares@gmail.com.



suas finalidades pela crescente intersecção dos poderes que coloca em risco a própria natureza do sistema republicano.

No âmbito estrito criminal, o sistema penal tradicional está em crise: não pune, é incapaz de dissuadir, não viabiliza ressocialização e ainda viola consideravelmente direitos humanos. No Brasil, o quadro ainda é mais grave, na medida em que os estabelecimentos prisionais – superlotados – transformam-se em quartéis-generais do crime (LACERDA, 2017), porquanto as facções criminosas dominam o tráfico ilícito de entorpecentes, regulam o convívio prisional e administram a violência dentro e fora do ambiente prisional, sem nos esquecermos das milícias, cada vez mais presentes nos grandes centros populacionais.

Assim, a falta de estrutura e a massiva violação dos direitos humanos revelados pelo caótico sistema repressivo brasileiro denotam a falência do discurso das Escolas Positivista e Clássica da Criminologia, que se aliam à perspectiva da ideologia de defesa social. A rigor, o sistema punitivo-repressivo moderno demonstra expansão exagerada e incapacidade para alcance dos fins a que se propõe, na medida em que prejudicadas as finalidades gerais e especiais da pena.

Episódios recentes de crises, rebeliões, conflitos entre facções criminosas e massacre de presos no sistema carcerário agravaram o quadro rígido e inflexível da pena privativa de liberdade, reclamando a formulação de alternativas à política de segurança pública instituída. A propósito, em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 347/DF), prolatada apenas sete anos após a formulação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI – Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007¹), reconheceu-se o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, marcado pelo quadro de superlotação e de desprezo a condições humanas mínimas.

Nada obstante, diante do caos carcerário, o governo federal lançou o Plano Nacional de Segurança Pública (Portaria nº 182, de 22 de fevereiro de 2017, do Ministério da Justiça), que, assim como os demais planos anunciados durante este milênio, mais uma vez insiste,

¹ Inegavelmente, o PRONASCI avançou quando se voltou a um paradigma de segurança cidadã (FREIRE, 2009). Contudo, ao longo dos anos, percebeu-se que a burocracia administrativa e a falta de fiscalização dos convênios inviabilizados impossibilitaram o alcance dos fins almejados. A título exemplificativo, no Estado de Goiás nem sequer uma unidade prisional restou concluída em 2016. Em 2017, foram inauguradas apenas duas unidades prisionais (Anápolis e Formosa).



conforme intenções manifestadas pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, em construção de presídios, disponibilização de armamentos e aperfeiçoamento das instâncias de inteligência policial para o combate às organizações criminosas. E só.

No ponto, o sistema de administração gerencial de conflitos aproxima-se a uma lógica atuarial, de acordo com mecanismos próprios de gestão eficaz de situações de riscos. Não mais se fala em ressocialização ou mesmo em formação de um futuro melhor (ANITUA, 2008).

Evidentemente, não se descarta a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de persecução criminal, sobretudo no que diz respeito ao combate às organizações criminosas. Contudo, a insistência genérica na via inflexível do Direito Penal repressivo compreende excessiva redução do fenômeno criminógeno a aspectos meramente normativos, o que configura retroalimentação aos problemas experimentados pelo modelo.

A propósito, pouco se inovou a nível nacional em matéria de administração de conflitos. Ao revés, observou-se um excessivo expansionismo do Direito Penal tradicional, que sofreu alterações seculares e suplementares que mantiveram a sua lógica jurídico-punitiva. Assim sendo, em vias de se superar o quadro dramático apresentado pelo sistema penal punitivo, torna-se impositivo que sejam desenvolvidas políticas públicas estranhas à lógica do sistema repressivo tradicional e que sejam aptas a alcançar o restabelecimento do *status quo*.

Nesse contexto, a justiça restaurativa, já instituída no âmbito do Poder Judiciário (Portaria nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça), emerge como possível via alternativa ao sistema tradicional, na proporção em que dispõe de recursos e técnicas distintas de administração de conflitos, conforme destaca a pesquisadora Raffaella Pallamolla, *verbis*:

Frente a este quadro de crescimento da violência, desrespeito aos direitos civis e incapacidade do sistema de justiça criminal para administrar a conflitualidade social, impõe-se o desafio de reestruturar este sistema e buscar alternativas capazes de reduzir a violência e os danos causados pelo sistema criminal. Nesse passo, pode-se afirmar que o projeto da justiça restaurativa vincula-se ao processo de reformulação judicial que vem sendo desenvolvido no Brasil com o objetivo de adequar tanto a legislação quanto as estruturas judiciais ao contexto democrático (PALLAMOLLA, 2009, p.138).



A propósito, publicou-se recente trabalho na plataforma “Justiça Pesquisa”, do Conselho Nacional de Justiça, coordenado por Vera Regina Pereira de Andrade (2017) e denominado “Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário”. Na oportunidade, realizou-se diagnóstico inédito de grande parcela dos projetos de justiça restaurativa instalados no âmbito do Poder Judiciário, ocasião em que, a par do cenário estabelecido em território nacional, identificou-se, não obstante a variedade de iniciativas, a formação de uma Justiça Restaurativa judicial.

Contudo, esse espaço quase exclusivo² de edificação do paradigma restaurativo emergente tem sido alvo de críticas da literatura especializada, que, ancorada em perspectiva inspirada no abolicionismo penal, sugere a sua configuração como via autônoma e independente. Com efeito, o protagonismo desempenhado pelo Poder Judiciário, que ainda se encontra estruturado sob bases e linguagem construída no falido sistema punitivo tradicional, dificulta e praticamente impede a estruturação da justiça restaurativa como mecanismo com identidade própria.

Nada obstante, Leonardo Sica (2017), ainda que possua compreensão crítica em relação a essa concepção de justiça restaurativa judicial, ressalva a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça ao indicar possíveis contribuições para o desenvolvimento da via restaurativa. Contudo, adverte que, para tanto, faz-se necessário que sejam delineadas as situações problemáticas próprias, bem como sejam identificadas portas de entrada no sistema tradicional mediante estabelecimento de permanente avaliação externa dos projetos instituídos.

Assim sendo, tem-se que, conquanto haja um certo consenso em relação à inadequação da estruturação da justiça restaurativa em espaço estritamente judicial, uma vez que há o risco de provável colonização do paradigma emergente pela linguagem e pelos pressupostos do paradigma punitivo tradicional, o desenvolvimento da justiça restaurativa judicial pode revelar novos caminhos e potencialidades, de maneira que haja um sucessivo aperfeiçoamento dessa via de solução de situações problemáticas.

² Não se desconhece que no Brasil há experiências de Justiça Restaurativa em contextos diversos. No ponto, vale ser destacado o Núcleo Especial Criminal – NECRIM, órgão da polícia civil do Estado de São Paulo, que compreende ambiente policial de conciliação voltado a infrações de menor potencial ofensivo. Contudo, é inegável reconhecer que no Brasil há uma experiência mais consolidada da Justiça Restaurativa nos meandros do Poder Judiciário.



De outra parte, embora já seja uma realidade em solo nacional, a justiça restaurativa requer a formação de um arranjo institucional que torne viável a instalação e o alcance de resultados. No âmbito do Ministério Público, porém, algumas questões ainda não restaram devidamente enfrentadas sob o viés do paradigma restaurativo emergente, em especial no que diz respeito à oficialidade da ação penal pública.

Desse modo, a par das políticas de segurança pública traçadas pelo governo federal e que, mesmo sob o aspecto da almejada defesa social, fracassaram, torna-se oportuno avaliar a respeito de políticas públicas alternativas que venham a inserir uma nova lente, um novo paradigma, mesmo que ainda não consolidado, em vias de eleger rumo distinto à administração de conflitos.

Essa revisão, no entanto, não deve se dar exclusivamente sob os olhares do Poder Judiciário, mas também sob os olhares dos demais operadores do sistema tradicional e, principalmente, do Poder Executivo quando da confecção de políticas públicas de segurança pública.

Dessa forma, num exercício bibliográfico com vistas a promover a aproximação da dogmática penal e da criminologia crítica como problemática central nesse artigo, questiona-se se a justiça restaurativa, ainda instituída de forma tímida, parcial e diversificada pelo Poder Judiciário em solo brasileiro (SICA, 2017), pode se tornar apta a contemplar política pública de administração de conflitos, fruto de uma nova concepção de segurança pública, mais afinada com o Estado Democrático de Direito.

E como política pública de administração de conflitos, tem-se que o paradigma restaurativo – ainda não consolidado mas emergente³ – pode encontrar novos espaços de estruturação e desenvolvimento em território nacional, além do palco e protagonismo estritamente judiciais. No presente trabalho e considerando os obstáculos dogmáticos e estruturais já apontados em pesquisas empíricas, será avaliada a possibilidade de identificação do Ministério Público como espaço para desenvolvimento de potencialidades da justiça restaurativa.

³ Amparados nos ensinamentos de Thomas Kuhn, Santos e Suxberger (2016) destacam o caráter ainda tímido da Justiça Restaurativa no Brasil, de modo que ainda não é possível se credenciar uma mudança de paradigma: “em que pese a existência de exemplos bem sucedidos desse modelo em outros países, no Brasil, sua amostra ainda é pontual, o que não permite confirmar a sua efetividade quando aplicada aos demais (e diversos) tipos de crime. Além disso, ainda em respeito às categorias de Kuhn, falta a legitimação da comunidade científica (todos os personagens do sistema de justiça), que é ponto de exigência para justificação da mudança de paradigma” (SANTOS e SUXBERGER, 2016, p.235).



1. O perfil judicial da justiça restaurativa brasileira

Conforme assevera Vera Regina Pereira de Andrade (2017), a estruturação da Justiça Restaurativa no Brasil experimentou, até o presente momento, dois períodos contínuos em sua trajetória, a saber, um período de implementação (2005-2010), em que se identificaram três projetos-pilotos de Justiça Restaurativa então existentes no Brasil – Brasília/DF, São Caetano do Sul/SP e Porto Alegre/RS⁴ – bem como um segundo momento, que ainda se encontra em curso, traduzido em um tempo de “institucionalização-expansão”, em que se tem como referenciais os marcos normativos das Resoluções nº 125, de 29 de novembro de 2010 e, principalmente, a Resolução nº 225, 31 de maio de 2016, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

Assim sendo, com base nos projetos-pilotos mencionados e na contemporânea expansão dos projetos de justiça restaurativa, é inegável reconhecer o protagonismo do Poder Judiciário, que, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu verdadeira política de incentivo à consolidação de programas restaurativos.

Ocorre que, conforme já destacado, o perfil judicial da justiça restaurativa brasileira é constantemente alvo de críticas firmadas pela literatura especializada, especialmente da parcela doutrinária que advoga o abolicionismo penal⁵. A rigor, o lugar e os espaços de justiça restaurativa, mesmo na literatura estrangeira, ainda não se encontram precisamente definidos. Do mesmo modo, resta ainda pouco delimitada a relação dos programas de justiça restaurativa com o sistema de justiça tradicional.

No ponto, Raffaella Pallamolla (2009, p.78-79) identifica dois modelos que informam a posição da justiça restaurativa diante do sistema de justiça criminal tradicional, a saber, o modelo centrado em processos (minimalista) e o modelo centrado nos resultados (maximalista).

⁴ Os projetos-pilotos foram tomados como referência pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), sendo que, no ano de 2006, o referido instituto, em parceria com o Ministério da Justiça, promoveu pesquisa qualitativa com o fim de avaliá-los e promover análise comparativa.

⁵ Daniel Achutti (2016) defende a construção de um modelo crítico-abolicionista de justiça restaurativa, com vistas a se reduzir o papel do sistema penal na administração de conflitos. De acordo com o pesquisador, a perspectiva abolicionista viabiliza o estabelecimento de drástica ruptura, mediante definição de paradigma infenso à lógica punitivo-retributiva.



De acordo com o modelo minimalista, tem-se que a justiça restaurativa deve ser edificada de forma afastada do sistema de justiça criminal, sem ingerência do Estado, mas sob sua fiscalização com vistas a serem evitados abusos ou violações. De outro lado, o modelo maximalista, que dispensa a voluntariedade dos envolvidos pela situação problemática, age de forma integrada ao sistema de justiça penal, com o viés de transformar a proposta retributiva em restaurativa (PALLAMOLLA, 2009, p.79-81).

Em busca de identificar um modelo de sistema de justiça restaurativa, Daniel Van Ness (2010), também referenciado por Raffaella Pallamolla (2009, p.85-87), estabelece possíveis intersecções com o modelo de justiça criminal.

Em uma primeira intersecção, o sistema de justiça restaurativa pode se voltar a alcançar hipóteses em que o sistema de justiça criminal contemporâneo – restrito e limitado – apresente limitações para o tratamento adequado de situações problemáticas. Além disso, em segunda intersecção, o sistema de justiça restaurativa pode ser estruturado de forma completamente afastada e independente, só admitindo derivações do sistema de justiça criminal. Em terceira possibilidade de intersecção, de efetiva aproximação das práticas restaurativas do sistema de justiça criminal, tem-se identificação e destaque de fases processuais em que o uso de práticas restaurativas se revele oportuno. Por fim, em um quarto modelo de intersecção, sugere-se o recurso a práticas restaurativas tão somente para alcance de anseios de reparação da vítima e da comunidade (resultados restaurativos), sendo desprezado o aspecto processual da justiça restaurativa.

A partir desse paralelo, Van Ness (2010) constrói quatro concepções aptas a revelar a estruturação de modelos de justiça restaurativa:

- i. *Unified model* – modelo construído a partir da conversão do sistema de justiça criminal de acordo com os propósitos e valores restaurativos ou por sua efetiva substituição pela justiça restaurativa;
- ii. *Dual track model* – os sistemas de justiça criminal e restaurativos coexistem e operam concomitantemente, havendo cooperações circunstanciais;
- iii. *Backup model* – embora sustente um modelo integrado em que a perspectiva restaurativa seja dominante, verifica-se a necessidade de existência do



sistema de justiça criminal de forma residual, aplicável em hipóteses em que o sistema restaurativo não se revelar próprio e adequado⁶;

- iv. *Hybrid model* – o modelo revela partes que apresentam forte perspectiva restaurativa, ao passo que outras partes retratam a racionalidade penal moderna.

Ainda em formação, torna-se demasiadamente dificultoso o enquadramento do modelo emergente brasileiro em uma das feições construídas por Daniel Van Ness (2010), uma vez que ainda timidamente estruturado e pouco experimentado em outras direções. A rigor, o modelo judicial brasileiro ainda impede a afirmação de um sistema restaurativo de solução de situações problemáticas com identidade própria.

O Poder Judiciário não deve ser palco exclusivo de práticas restaurativas. Ainda que em formação, a emergência do paradigma restaurativo não pode ficar limitada ao Poder Judiciário, devendo percorrer novos espaços, com vistas a serem identificadas outras possibilidades e potencialidades, bem como superados obstáculos ao seu desenvolvimento.

2. O Ministério Público Brasileiro como novo espaço de consolidação da justiça restaurativa: a superação do princípio da obrigatoriedade da ação penal

No já referido estudo promovido por Vera Regina de Andrade (2017) e apresentado ao Conselho Nacional de Justiça, denominado “Pilotando a Justiça Restaurativa”, registrou-se, a partir de diagnóstico realizado em programas de justiça restaurativa desenvolvidos em todo o país no seio do Poder Judiciário, que há grande resistência do Ministério Público em participar de procedimentos restaurativos, o que tem dificultado o desenvolvimento e a consolidação do paradigma emergente.

Na mesma pesquisa, Vera Regina de Andrade ainda ponderou que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública⁷ traduz limite legal no sistema de justiça penal vigente

⁶ Esse modelo se aproxima ao sugerido por John Braithwaite (2002), quando trata da regulação responsiva, em que é estabelecida uma pirâmide regulatória cuja base funcional é ocupada pela justiça restaurativa, que tem, dessa forma, a sua aplicação prioritária e preferencial no sistema de justiça para a solução de situações problemáticas, uma vez que menos interventiva.

⁷ De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2009, p.48), o princípio da obrigatoriedade “significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia”. No mesmo sentido, Renato Lima pontua que “de acordo com o princípio da



no que se refere à oportunidade da justiça restaurativa, que acaba sendo admitida, em regra, tão apenas nos juizados especiais criminais, em que o aludido princípio é excepcionado. Impõe-se, assim, inegável sacrifício ao potencial do paradigma restaurativo de administração de conflitos.

De acordo com Antônio Henrique Suxberger, a consagração do princípio da obrigatoriedade pela doutrina majoritária nacional compreende um “verdadeiro paradoxo” (2018, p.38), porquanto tem evidente amparo e origem na modelagem inquisitiva proposta pelo Código de Processo Penal de 1941, ao mesmo passo em que boa parte da doutrina argumenta que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública traduz opção que melhor se afina ao modelo acusatório e ao postulado democrático.

Nesse contexto, torna-se oportuno pontuar que o princípio da obrigatoriedade não apresenta evidência normativa precisa (SUXBERGER, 2018; OLIVEIRA, 2017), mesmo de índole constitucional, sendo que o artigo 24⁸, do Código de Processo Penal, bem como o artigo 100, §1^o, da legislação substantiva – usualmente invocados por seus defensores – voltam-se tão somente a atribuir a titularidade da ação penal pública, em caráter exclusivo, ao Ministério Público. Não se observa, a rigor, a existência de caráter cogente apto a afastar o espaço decisório de seu titular.

Em raciocínio comparativo, Antônio Henrique Suxberger (2018, p.45) assevera que, em relação à ação civil pública, cuja disciplina legal da legitimidade ativa do Ministério Público se apresenta bastante semelhante, não há relevante discussão referente à obrigatoriedade ou oportunidade do seu exercício.

No contexto da ação penal pública, porém, a doutrina majoritária, que extrai o princípio da obrigatoriedade das referidas normas legais de regência, sustenta que o afastamento do espaço decisório se dá por força do princípio constitucional da legalidade. Essa cultura processual penal, no entanto, ignora a funcionalidade, a realidade prática, a

obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal” (2016, p. 229).

⁸ Artigo 24 – 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.

⁹ Artigo 100, § 1º – A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.



contribuição das políticas públicas e as limitações de funcionamento do sistema de justiça; constituindo, dessa forma, um verdadeiro dogma no direito pátrio. A propósito, vale destacar a posição de Antônio Suxberger (2018, p.42), confira-se:

Ao se afirmar que, normativamente, os órgãos de persecução penal, em particular o Ministério Público, não dispõem de um espaço decisório na formalização da decisão em favor do exercício da ação penal em juízo, tem-se em contrapartida uma negação da funcionalidade do exercício da titularidade da ação penal. É dizer: se o Ministério Público titulariza o exercício do direito de ação em juízo e o faz com exclusividade nos crimes de ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição da república) (Brasil, 1988), a afirmação de que essa atribuição se realiza necessária e automaticamente em todas as situações nega o espaço decisório que, funcionalmente, o Ministério Público exerce. O exercício da atribuição do Ministério Público materializa de modo incontornável um espaço de decisão.

Ademais, embora veicule proposta democrática e de efetividade do sistema de justiça, o princípio da obrigatoriedade revela, ao revés, concepção que conduz à invisibilidade do espaço decisório, tal qual ocorre com as promoções de arquivamento com amparo no princípio da insignificância ou mesmo com fundamento na ausência de justa causa (artigo 395, III, do Código de Processo Penal), conforme adverte Túlio Fávaro Beggiato (2016), *verbis*:

De outra parte, como forma de contornar a obrigatoriedade, ao se depararem com casos notadamente irrelevantes ou que não ultrapassam uma relação de custo-benefício para a intervenção penal, alguns membros do Ministério Público não ajuízam a ação penal pública sob diversas justificativas, a exemplo da *ausência de justa causa*, da *prova não suficiente*, do *dolo não caracterizado* ou do *princípio da insignificância*, que cada vez é mais alargado para abranger diversas hipóteses (exemplo atual é o arquivamento do crime de descaminho quando a reiteração da conduta não totaliza o patamar mínimo de R\$ 10.000,00 ou de R\$ 20.000,00).

Nesse sentido, não há que se propagar, por intermédio do princípio da oficialidade da ação penal pública, afirmação retórica e desconectada do direito posto, *verbis*:

A afirmação da obrigatoriedade coloca em xeque a materialização e a funcionalidade do Estado de direito. O desajuste estrutural causado pela obrigatoriedade, dado que esta fomenta a tensão existente entre a negação da funcionalidade dos arranjos institucionais do sistema de justiça criminal e sua acomodação prática, deixou em aberto inúmeros problemas que apenas aumentam o arbítrio da burocracia estatal sem que a dogmática forneça parâmetros de controle. Em termos simples: a negativa do espaço decisório não conduz à sua inexistência, mas à sua invisibilidade. E a invisibilidade dessa decisão é mais nociva ao que se espera do Estado de direito do que a afirmação retórica e dissociada da realidade prestada pela afirmação da obrigatoriedade da ação penal (SUXBERGER, 2018, p.43).



Assim sendo, em perspectiva funcional do sistema de justiça penal, observa-se que a retórica democrática – promotora do princípio da igualdade – não se consuma mediante observância do princípio da obrigatoriedade, quando tomado em sua realidade prática. Com efeito, a racionalidade penal moderna confere discriminação seletiva em detrimento da parcela economicamente mais desfavorecida da sociedade, o que é ilustrado em vasta escala nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Noutro vértice, obtempera Tássia Oliveira (2017) que, diante da nova conformação estabelecida pela Constituição Federal de 1988, não deve mais prevalecer o princípio da obrigatoriedade, que tem substrato na proposta inquisitiva do Código de Processo Penal de 1941. Com efeito, a cultura processual que veicula os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública sacrifica a garantia institucional da independência funcional do Ministério Público enquanto órgão responsável pela defesa dos direitos fundamentais, *verbis*:

Desta forma, diante das prerrogativas constitucionais e atribuições do Ministério Público, a atuação deste órgão, incumbido da ação penal pública, reclama uma nova sistemática processual, em que a mitigação da indisponibilidade da ação penal pública reforça a independência funcional dos seus membros, bem como proporciona maior liberdade de atuação para proteger os interesses sociais e direitos fundamentais dos indivíduos. (OLIVEIRA, 2017, p.254).

Nessa ordem de ideias, no dia 7 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, que, em seu artigo 18¹⁰, introduziu e

¹⁰ Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

III – 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; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – 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; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).



regulamentou o “acordo de não persecução penal”. De acordo com o novo instituto, o Ministério Público poderá celebrar ajuste com o investigado que, se devidamente cumprido, ensejará a promoção do arquivamento da investigação. Inegável reconhecer, assim, a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade veiculada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Com o fim de tornar até viável a avaliação, o alcance e a potencialidade da justiça restaurativa, impõe-se a superação funcional do dogma da obrigatoriedade, sob pena se reduzir a proposta do paradigma restaurativo emergente a um espaço de pouco relevo ou mesmo de inadequada derivação. Assim, considerado o evidente avanço do direito penal negocial, conforme registrado, não se pode mais admitir a invocação do anacrônico princípio da obrigatoriedade para afastar novos espaços de alcance da justiça restaurativa em solo brasileiro.

Mais que isso. Como titular da ação penal pública, cabe ao Ministério Público ocupar espaço de promoção do paradigma emergente da justiça restaurativa. De fato, concebido como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, não se pode admitir o soerguimento de um paradigma de administração de conflitos, que tem direta e imediata repercussão sobre o sistema de justiça penal, sem a participação do Ministério Público (TIVERON, 2014, p.234).

Nesse sentido, Vanessa Erlich (2017) argumenta que, ao promover iniciativas de justiça restaurativa, o Ministério Público “oportuniza à instituição reassumir seu papel de protagonismo, revelado na busca de maior eficiência do sistema de justiça, aproximando-o da comunidade e reforçando sua identidade constitucional”.

Sob outro aspecto, Raffaella Pallamolla (2009, p.143) destaca o papel do Ministério Público no processo de derivação de hipóteses a programas restaurativos, sobretudo tendo em vista o risco de extensão da rede de controle (*netwidening*). Com efeito, o encaminhamento deve pressupor a existência de suporte probatório mínimo, a fim de se evitar que casos sem relevância penal sejam remetidos a programas restaurativos, desqualificando-os. Nesse contexto, cabe ao Ministério Público controlar a oportunidade da derivação à justiça restaurativa.

Atento a esse cenário que reclama a participação do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público, por intermédio da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de



2014, estabeleceu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito ministerial. Em especial, nos artigos 13 e 14¹¹, foi recomendada a utilização de práticas restaurativas em hipóteses em que se verifique a possibilidade de reparação dos prejuízos causados pela infração mediante formulação de um plano restaurativo.

A partir dessa orientação, já se identificam algumas experiências desenvolvidas no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais.

Sem a pretensão de se esgotar ou mesmo desconsiderar outras práticas de justiça restaurativa em curso no território nacional, destacam-se as experiências do Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa (NJJR), do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, do MP Restaurativo e a Cultura de Paz do Ministério Público do Estado do Paraná, e, por fim, práticas diversas no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado de Minas Gerais.

No Rio Grande do Norte, foram realizados, entre 2012 e 2016, 363 (trezentos e sessenta e três) encontros restaurativos e 51 (cinquenta e um) círculos restaurativos, bem como cursos de capacitação de facilitadores para profissionais de educação de Natal. Posteriormente incorporado ao recém-criado NUPA (Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição), o programa foi descentralizado para atender outras cidades do interior do Estado.

Na cidade de Ponta Grossa, situada no Paraná, destacaram-se diversas experiências de justiça restaurativa em âmbito escolar, na execução de medidas socioeducativas, violência doméstica, crimes de trânsito e de família. O programa restaurativo acabou por promover o nascimento de diversos projetos na área da infância e juventude, bem como em âmbito escolar.

No Estado do Rio Grande do Sul, em que a concepção judicial de justiça restaurativa apresenta o seu maior avanço e estruturação, o Ministério Público, do mesmo modo, participa

¹¹ Art. 13. 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.

Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.



e experimenta variadas práticas de justiça restaurativa em âmbito escolar, no empoderamento de vítimas e na execução de medidas socioeducativas.

Do mesmo modo, na cidade de Belo Horizonte, experimentam-se práticas restaurativas em diversas searas, a saber, no sistema socioeducativo, nas unidades de acolhimento e nas escolas (NOS – Núcleos para Orientação e Solução de conflitos escolares).

Não obstante o avanço já observado, verifica-se ainda uma tímida participação do Ministério Público, sobretudo no que se refere ao desempenho de papel protagonista em programas de justiça restaurativa. De fato, há diversos embaraços de cunho estrutural e institucional que tornam dificultoso o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do paradigma restaurativo, assim como a concepção estrita da obrigatoriedade da ação penal pública.

Contudo, diante da crise de legitimidade experimentada pelo paradigma punitivo tradicional, torna-se forçosa a análise de novas vias e caminhos, de maneira que, nesse movimento de superação de anacronismos processuais e funcionais, deve o Ministério Público ocupar espaços de interlocução e de amadurecimento do paradigma emergente da justiça restaurativa.

Considerações finais

A partir da edição da Resolução nº 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, tornou-se indubitoso o protagonismo judicial na estruturação da justiça restaurativa em solo brasileiro. Regra geral, fomentados pela crise legitimidade do sistema de justiça criminal contemporâneo, os programas restaurativos são instalados pelos Tribunais de Justiça Estaduais como mecanismos alternativos ou complementares de solução de situações problemáticas.

Embora haja intensa crítica ao espaço judicial da justiça restaurativa brasileira, observa-se que as estruturas restaurativas judiciais se pulverizaram em território nacional, trazendo possibilidades e potencialidades até então desconhecidas pelo sistema de justiça tradicional.

Contudo, conquanto ocupe posição de destaque na discussão referente a espaços de solução de controvérsias, a justiça restaurativa brasileira ainda habita em lugares restritos e tem aplicabilidade ainda muito censurada, o que impede o avanço na consolidação de um novo paradigma.



Dentre tais entraves, destaca-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que impõe, como regra, a restrição da derivação à justiça restaurativa tão somente de delitos de menor potencial ofensivo, que excepcionam a oficialidade da ação penal pública. Nesse sentido, sacrificam-se novas possibilidades e potencialidades de justiça restaurativa.

Nesse contexto, compete ao Ministério Público, como órgão titular da ação penal no sistema de justiça criminal contemporâneo, desempenhar papel central e protagonista no processo de construção e de formação de um paradigma restaurativo, com vistas a superar obstáculos que se revelem funcionalmente inadequados para o aperfeiçoamento do sistema de justiça, tal qual o anacrônico princípio da obrigatoriedade.

Mais que isso, ao Ministério Público, diante da sua conformação constitucional e de sua essencialidade no sistema de justiça, cabe a abertura de nova porta de entrada para a estrutura restaurativa, mediante definição de novo espaço voltado à potencialização e ao aperfeiçoamento da justiça restaurativa.

Referências

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.761-833.
- BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal*. Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n.47, p.351-379, 2016.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Ministro Relator Marco Aurélio de Mello. Publicado no DJe nº 31, de 19-02-2016.
- ERLICH, Vanessa Harmuch Perez. *Justiça Restaurativa na Socioeducação*. Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/45.pdf>>. Acesso em 1 mar. 2018.



FREIRE, Moema Dutra. *Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias*. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 3, edição 5, p. 100-114, ago./set. 2009.

LACERDA, Ricardo et al. *Facções criminosas no Brasil*. Dossiê Superinteressante. São Paulo: Abril, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n.49, p.237-262, 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa no Código de Processo Penal?* In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. *Justiça Restaurativa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 285-300.

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 do Estado de Goiás, Goiânia, n. 34, p. 35-50, 2018.

_____; SANTOS, Guilherme. *Justiça Restaurativa: análise da possível mudança de paradigma a partir da teoria de Thomas Kuhn*. In: Celso Hiroshi Iocohama; Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. (Org.). *Formas consensuais de solução de conflitos II*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 219-237.

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

VAN NESS, Daniel W. *The Shape of Things to Come: a Framework for Thinking about a Restorative Justice System*. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3615/shapeofthings.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 mar. 2018.