

MONIZE FLAVIA POMPEO

A dignidade da pessoa humana como eixo interpretativo da persecução criminal: meios consensuais de solução de conflitos como instrumentos de ressignificação do papel da vítima.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MESTRADO EM DIREITO PENAL

SÃO PAULO
2021

MONIZE FLAVIA POMPEO

A dignidade da pessoa humana como eixo interpretativo da persecução criminal: meios consensuais de solução de conflitos como instrumentos de ressignificação do papel da vítima.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Prof. Dr. Antônio Carlos da Ponte.

Orientador: Professor Antônio Carlos da Ponte

SÃO PAULO
2021

Banca Examinadora:

A caminhada acadêmica não é fácil, mas se torna possível por meio da ajuda de pessoas especiais.

Primeiramente, agradeço aos meus pais Adair Pompeo e Creuza Pompeo, os quais sempre me incentivaram nos estudos, não me fazendo deixar esquecer que o exercício profissional não depende só de tempo e experiência prática para ser aperfeiçoado.

Ao meu esposo, Tiago Parra, pelo constante apoio emocional, por sempre acreditar em meus sonhos, sendo imprescindível para a conclusão de mais essa etapa da minha vida.

Agradeço ao professor Dr. Antônio Carlos da Ponte, meu orientador, por toda a atenção dispensada durante o mestrado e pela flexibilidade para aceitar alterações no rumo de minha pesquisa.

Gratidão ao meu parceiro Marcelo Carita Correra, amigo que o Mestrado me presenteou, por compartilhar tantos desafios dessa trajetória, tornando-a menos pesada e que mesmo nos momentos de maiores aflições para a escrita da dissertação, aconselhou-me a seguir o caminho da persistência.

Por fim, agradeço a tudo e a todos que me apresentaram às atividades que trazem prazer a minha vida: integrar o Ministério Público do Estado de São Paulo e jogar Beach Tennis, o que me faz sentir viva e feliz. De nada adianta bens materiais, grande conhecimento adquirido e sucesso profissional sem aquilo que realmente te move no mundo e sem as pessoas que ficarão alegres com o seu sucesso, além de te dar força para superar o fracasso. A felicidade só existe quando as vivências são compartilhadas.

Fui, estou e tenho certeza de que continuarei grata por todas as experiências pelas quais transitei, e que venham novos desafios!

“Ninguém põe remendo de pano novo em veste velha; porque o remendo tira parte da veste, e fica maior a rotura. Nem se põe vinho novo em odres velhos; do contrário, rompem-se os odres, derrama-se o vinho, e os odres se perdem. Mas põem-se vinho novo em odres novos, e ambos se conservam” (Mateus 9.16,17).

A dignidade da pessoa humana como eixo interpretativo da persecução criminal: meios consensuais de solução de conflitos como instrumentos de ressignificação do papel da vítima.
Monize Flávia Pompeo

O presente trabalho busca analisar o modelo consensual de justiça criminal como uma opção viável, diante da atual crise do sistema penal, destacando a construção de um novo sistema de resolução de conflitos, refletindo os ideais trazidos pelos movimentos vitimológicos, fundamentados na dignidade da pessoa humana, proporcionando o devido respeito às vítimas do delito, zelando pelos seus interesses, evitando-se a vitimização secundária. Para atingir os objetivos propostos, o método utilizado foi o lógico-dedutivo e a técnica adotada foi de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com abordagem teórica e descritiva, partindo-se da premissa de que o atual modelo retributivo-punitivo não integra a vítima à resolução dos conflitos penais e o modelo consensual possibilita a participação da vítima no procedimento penal, sendo compatível com a realidade brasileira. Parte-se do princípio da inclusão e valorização da vítima, mas sem descuidar dos direitos e garantias do acusado, analisando o protagonismo daquele que teve seu bem jurídico ofendido na elaboração de políticas criminais efetivas para resolução do conflito penal, sustentada no diálogo entre as partes. Pretende-se analisar os princípios, valores e fundamentos do modelo consensual de justiça criminal, para compreender a viabilidade da proposta consensual, com o resgate da efetiva participação do ofendido no processo, a ser garantida pelo membro do Ministério Público. Elaboram-se observações sob a perspectiva ministerial na atividade consensual, com um perfil mais resolutivo, enfrentando o mito do princípio da obrigatoriedade, demonstrando que a atuação do *Parquet*, embora dotada de margem de discricionariedade decorrente da lógica consensual penal, não é irrestrita, encontrando limites nos mandados de criminalização, os quais elegem bens jurídicos relevantes que são inegociáveis. Por fim, situa-se a realidade brasileira com uma análise crítica do modelo de justiça criminal negocial introduzido no art. 28-A do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019. Desenvolve-se estudo das regras normativas, dos requisitos e condições para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, apresentando os pormenores da nova forma alternativa de persecução penal e questões problemáticas que envolvem a expansão da justiça criminal negocial no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação ao investigado, examina-se os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais, argumentando pela inexistência, em abstrato, de coação nos acordos de não persecução, em observância à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Nega-se afronta ao direito ao silêncio e *nemo tenetur* nos acordos de não persecução. Além disso, estuda-se como o acordo de não-persecução penal pode ser um meio de promoção dos direitos das vítimas se forem realizadas interlocuções com as práticas restaurativas, concluindo-se pela viabilidade e relevância desse diálogo considerando as políticas de incentivo à autocomposição e valorização da vítima, conferindo efeito mais humanizador ao processo penal, transformando a maneira de como são rotulados o crime, o criminoso e a importância da participação das partes na resolução do conflito penal, em especial da vítima.

Palavras-chave: Vítima; Dignidade da Pessoa Humana; Bem jurídico; Justiça Penal Consensual; Ministério Público; Acordo de não-persecução penal.

The dignity of the human person as an interpretative axis of criminal prosecution: consensual means of conflict resolution as instruments of resignification of the role of the victim.

Monize Flávia Pompeo

This paper seeks to analyze the consensual model of criminal justice as a viable option, given the current crisis in the penal system, highlighting the construction of a new conflict resolution system reflecting the ideals brought by victimological movements, based on the dignity of the human person, providing due respect to victims of crime, looking out for their interests, avoiding secondary victimization. To achieve the proposed objectives, the method used was logical-deductive and the technique adopted was bibliographical and jurisprudential research, with a theoretical and descriptive approach, starting from the premise that the current retributive-punitive model does not integrate the victim to the resolution of criminal conflicts and the consensual model enables the victim's participation in the criminal procedure, being compatible with the Brazilian reality. It starts from the principle of inclusion and valuing of the victim, but without neglecting the rights and guarantees of the accused, analyzing the protagonism of those who had their legal interests offended in the development of effective criminal policies for the resolution of the criminal conflict, supported by the dialogue between the parties. It is intended to analyze the principles, values and foundations of the consensual model of criminal justice, to understand the feasibility of the consensual proposal, with the rescue of the effective participation of the offended party in the process, to be guaranteed by the member of the Public Ministry. Observations are prepared from the ministerial perspective in consensual activity, with a more resolute profile, facing the myth of the mandatory principle, demonstrating that the performance of Parquet, although endowed with a margin of discretion arising from the consensual criminal logic, is not unrestricted, finding limits on criminalization warrants, which elect relevant legal assets that are non-negotiable. Finally, the Brazilian reality is presented with a critical analysis of the business criminal justice model introduced in art. 28-A of the Code of Criminal Procedure by Law No. 13.964/2019. A study will be carried out on the normative rules, requirements and conditions for the application of the Penal Non-Persecution Agreement, presenting the details of the new alternative form of criminal prosecution and problematic issues involving the expansion of commercial criminal justice in the Brazilian legal system. In relation to what was investigated, the limits of the renunciation of fundamental rights and guarantees are examined, arguing for the absence, in abstract, of coercion in non-prosecution agreements, in compliance with self-determination and the dignity of the human person. It denies an affront to the right to silence and *nemo tenetur* in non-prosecution agreements. In addition, it will be studied how the non-criminal prosecution agreement can be a means of promoting victims' rights if dialogues are carried out with restorative practices, concluding by the feasibility and relevance of this dialogue considering the policies to encourage self-composition and valorization of the victim, giving a more humanizing effect to the criminal process, transforming the way in which the crime, the criminal and the importance of the participation of the parties in the resolution of the criminal conflict, especially the victim.

Keywords: Victim; Dignity of human person; Legal asset; Consensual Criminal Justice; Prosecutor's Office; Non-criminal prosecution agreement.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1. O PAPEL DA VÍTIMA NA SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL | 14 |
| 1.1. Conceitos de vítima..... | 14 |
| 1.2. Contextualização histórica do <i>status</i> da vítima no âmbito do processo penal | 20 |
| 1.3. A tutela da vítima no âmbito internacional. | 28 |
| 1.3.1. Estatutos das vítimas no Direito Comparado | 36 |
| 1.4. A valorização da vítima com a Constituição Federal de 1988..... | 47 |
| 1.5. A vítima de crime como orientadora de políticas criminais | 60 |
| 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 66 |
| 2.1. O reconhecimento da vítima como sujeito de direitos | 66 |
| 2.2. Retrospecto filosófico da Dignidade Humana..... | 72 |
| 2.3. A dignidade da pessoa humana na vigência da atual ordem constitucional | 76 |
| 3. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO | 84 |
| 3.1. O conceito multifário de política criminal..... | 84 |
| 3.2. A evolução do conceito de bem jurídico | 88 |
| 3.3. As escolas penais e o bem jurídico | 95 |
| 3.4. Os Mandados de Criminalização | 105 |
| 3.5. Os bens jurídicos supraindividuais | 109 |
| 3.6. A proibição da proteção deficiente do bem jurídico | 115 |
| 4. A VÍTIMA E O SEU DIREITO À SOLUÇÃO CONSENSUAL DO PROCESSO | 124 |
| 4.1. A busca pela eficiência no modelo consensual | 124 |
| 4.2. Os fundamentos filosóficos do modelo consensual de justiça criminal | 131 |
| 4.3. As modalidades de institutos consensuais no atual processo penal brasileiro | 137 |

| | |
|--|-----|
| 4.3.1 Conciliação | 140 |
| 4.3.2 Mediação | 147 |
| 4.3.3 Negociação..... | 152 |
| 4.4. A Justiça Consensual no projeto do novo Código de Processo Penal..... | 160 |
| 5. A VIA CONSENSUAL NA PERSPECTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO | 166 |
| 5.1. Perfil democrático do Ministério Público..... | 166 |
| 5.2. A legitimidade da (não) persecução penal pelo Ministério Público | 174 |
| 5.3. O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública..... | 177 |
| 5.4 Parâmetros norteadores de uma atuação integrada | 185 |
| 5.5 Direito subjetivo do réu ou ato discricionário do Ministério Público? O bem jurídico como limite substancial à atuação ministerial..... | 192 |
| 6. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A COMPATIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO COM OS INTERESSES DA VÍTIMA .. | 200 |
| 6.1. Conceito e natureza jurídica..... | 200 |
| 6.2. A celebração do acordo de não-persecução..... | 206 |
| 6.2.1 Pressupostos | 206 |
| 6.2.2 Condições..... | 211 |
| 6.2.3 Vedações | 216 |
| 6.3. Direitos e garantias individuais do acusado devem ser preservados | 222 |
| 6.3.1 A ameaça do poder coercitivo do sistema penal. | 227 |
| 6.3.2 A confissão exigida para o ANPP não ofende o direito constitucional ao silêncio | 230 |
| 6.4. O Acordo de Não Persecução Penal como um instrumento de promoção dos interesses das vítimas: uma proposta baseada nas práticas restaurativas..... | 233 |
| 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 244 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 252 |

LEGISLAÇÃO276

INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido no presente trabalho objetiva analisar a dignidade da vítima do delito, aquela que teve seu bem jurídico prejudicado pela conduta de terceiros, sendo a mais interessada na prestação jurisdicional com qualidade e eficiência. Após o cometimento de um crime, a vítima permanece em uma situação de pouca relevância durante a persecução penal, e por vezes, por conta do longo tempo decorrido entre o fato e a decisão judicial final, nem alcança a prestação jurisdicional capaz de lhe entregar a justiça a qual tem direito.

O esquecimento da vítima mostra-se evidente desde que Luigi Ferrajoli questionou os fins do Direito Penal, pois ao discorrer sobre as teorias construídas sobre a pena, conclui que duas são as suas finalidades: a prevenção dos delitos e a prevenção de penas arbitrárias ou desmedidas contra o autor da infração¹. Desde essa concepção, há proteção para os interesses da sociedade e os interesses do autor da infração, porém os interesses da vítima passariam longe do foco do Direito Penal.

Propõe-se, no primeiro capítulo, a identificação da vítima com um olhar histórico sob o tema, assimilando o conceito de vitimização secundária. A evolução nos estudos sobre a vítima, fundamentados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com o auxílio de pesquisas empíricas realizadas pelos movimentos vitimológicos, passaram a subsidiar políticas criminais voltadas ao aperfeiçoamento da tutela efetiva da vítima no processo penal. Disserta-se, então, sobre o desenvolvimento dos estudos na busca de centralidade quanto ao papel desempenhado pelas vítimas no pós-guerra, coincidindo com a elaboração de importantes documentos internacionais de consagração de direitos humanos. Nesse sentido, são consideradas fontes normativas relacionadas à tutela dos direitos humanos da vítima, bem como seu reflexo sobre a Constituição Federal e legislação infraconstitucional brasileiras.

No segundo capítulo, abarca-se um panorama histórico sobre principais aspectos da

¹ “[...] o Direito Penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra, negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomes, Fauzi Hassan, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269).

Dignidade da Pessoa Humana e seu contexto no Direito Constitucional. Assim, torna-se princípio tem grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF) e garantia das necessidades vitais para os indivíduos. O princípio da dignidade humana é, ao mesmo tempo, o princípio mais importante do direito de países democráticos e um dos fundamentos mais difíceis de conceituar, uma vez que a sua natureza filosófica e relacionada com a plenitude humana não é completa e objetivamente compreendida. Entretanto, como valor absoluto e inerente à condição humana, é de inteira aplicabilidade o conceito da dignidade da pessoa humana, no que tange à proteção das vítimas da criminalidade.

No terceiro capítulo, o trabalho volta-se ao enfrentamento do conceito de bem jurídico na órbita penal. Apresentadas as teorias evolutivas e as concepções contemporâneas sobre o assunto. Na sequência, ganha destaque a apreciação dos bens jurídicos supraindividuais, com a constatação dos novos desafios do Direito Penal que precisa se readequar para que haja uma tutela efetiva na senda de tais bens.

Superada a questão do bem jurídico, a pesquisa se concentra no campo dos mandados de criminalização, tema de absoluta importância na relação de intercâmbio que deve existir entre Direito Penal e Constituição Federal, discutindo-se de forma objetiva o garantismo penal e a dupla face da proporcionalidade, atentando-se ao dever de atuar e a proibição da insuficiência ou omissão estatal como formas de implementação de justiça social.

Nesse contexto de crise do sistema penal retributivo-punitivo, no quarto capítulo, examina-se o modelo consensual de justiça criminal como alternativa para o atual sistema penal, ampliando as hipóteses de consenso no direito processual penal brasileiro, o qual exige uma participação colaborativa dos sujeitos processuais na busca de uma solução consensual, ressignificando o papel que a vítima exerce na construção deste novo sistema de resolução de conflitos no âmbito criminal. É notória a influência dos movimentos vitimológicos, os quais incentivam a inclusão e valorização da vítima sem defender a exclusão ou redução dos direitos do acusado. Além disso, o estudo considera a realidade brasileira, portanto, analisa a adoção do sistema consensual na situação em que ele coexiste com o sistema criminal tradicional, sem partir de uma proposta abolicionista.

No quinto capítulo, aborda-se o desenvolvimento de uma estrutura basilar uniforme da Justiça Penal Consensual e por isso destaca-se a atuação do Ministério Público, titular exclusivo

da ação penal pública, analisando os limites de sua atuação na celebração dos acordos consensuais, passando, em seguida, ao exame da sua pretensa vinculação ao suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o qual é atenuado pelo princípio da oportunidade na celebração dos acordos penais, em razão do juízo de conveniência e oportunidade, guiando-se sempre pela valorização dos interesses da vítima e limitados pela relevância do bem jurídico protegido, sob pena de uma proteção deficiente pelo Direito Penal.

No último capítulo, contextualiza-se a temática à realidade brasileira, apresentando as principais inovações implementadas no ordenamento nacional aos 23 de janeiro de 2020, quando entrou em vigor a Lei nº 13.964 (Lei Anticrime)², de 24 de dezembro de 2019, a qual institucionalizou o Acordo de Não Persecução Penal no art. 28-A do Código de Processo Penal, a fim de permitir a reflexão sobre a contribuição que esta lei trouxe para a evolução da proposta consensual no Brasil, apesar das críticas que recebeu.

Por fim, analisa-se como o acordo de não persecução pode ser utilizado como instrumento de valorização dos direitos das vítimas e para a inclusão da autocomposição como método de construção apto a garantir uma resposta mais adequada ao crime, partindo-se da premissa de que, além de operar como um paradigma novo de controle social, este instrumento pode, e deve, servir à finalidade de incluir o ofendido no processo decisório de resposta ao crime, com base em práticas restaurativas, sustentadas no diálogo mediado, de soluções adequadas a sanar antagonismos entre ofensor e ofendido, buscando a reparação dos danos advindos de conflitos ou ofensas cometidas.

Realiza-se pesquisa teórica com fundamento em revisão bibliográfica, por meio do método lógico-dedutivo. A pesquisa envolvendo decisões judiciais foi utilizada de forma subsidiária para análise de aspectos específicos, não constituindo o foco do presente estudo. A pesquisa é atual e relevante porque, cada vez mais, surgem manifestações de frustrações com o sistema de justiça retributivo-punitivo, ainda amplamente empregado em nossos tribunais. O estudo demandou a análise da legislação, doutrina nacional e estrangeira para que se possa chegar a um entendimento concreto de que o modelo consensual possibilita a integração da vítima ao processo penal e é compatível com a realidade brasileira.

² BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 2019.

1. O PAPEL DA VÍTIMA NA SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL

1.1. Conceitos de vítima

Extraír uma definição exata de vítima é algo muito complexo, tendo em vista a existência de diferentes conceituações e classificações, especialmente com o surgimento da Vitimologia, ramo de estudo que teve suas origens na Criminologia.

A Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, das Nações Unidas (ONU-1985), define “vítimas” como:

as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder... O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.”³

Ademais, a ciência da Vitimologia trata do estudo da vítima em diversos planos, de acordo com Eduardo Mayr e Heitor Piedade:

Vitimologia é o estudo da vítima no que se refere à sua personalidade, que do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer o de sua proteção social e jurídica, bem como dos meios de vitimização, sua inter-relação com o vitimizador e aspectos interdisciplinares e comparativos.⁴

Vítima é o sujeito passivo do crime, ou seja, a pessoa que teve o interesse ou o bem jurídico protegido diretamente violado pela prática da infração penal. Para a ciência da Vitimologia, todavia, vítima não é só aquela que tem seu bem jurídico tutelado pelo Direito Penal violado, mas também àquelas que sofrem seus reflexos, tornando o rol ainda mais extenso.

Para De Plácido e Silva, a palavra vítima derivaria de *victima*, do latim, definida como

³ Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo.

⁴ MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990, p.18.

toda pessoa sacrificada em seus interesses, que sofre um dano ou é atingida por qualquer mal⁵.

José Frederico Marques, por sua vez, referindo-se à vítima, fala em “sujeitos principais do processo e em sujeitos secundários”, considerando o ofendido e o prejudicado como terceiros “que funcionam no processo penal como interessados em questões acessórias que se contêm na relação processual penal. Tais são o ofendido ou a pessoa prejudicada pelo crime”⁶. Referido autor faz essa distinção entre vítima e prejudicado destacando a diferença com o exemplo do crime de homicídio em que a vítima seria a pessoa assassinada e os prejudicados seriam seus familiares, os quais dependiam financeiramente do falecido, ou seja, a primeira sofre as consequências diretas do ato criminoso em si mesmo e as segundas sofrem as consequências patrimoniais e morais⁷.

Fernando da Costa Tourinho Filho define vítima ou ofendido como “o sujeito passivo da infração penal. E sujeito passivo é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime”⁸.

Conforme justificativa apresenta ao Projeto de Lei ° 3980/2020, denominado “Estatuto da Vítima”, o conceito de vítima deve ser amplo, decorrente de qualquer crime e qualquer que seja a natureza do dano físico, moral ou material que tenha sido causado. Inclui a vítima direta, mas também vítimas indiretas, como parentes ou assimilados e as vítimas coletivas (como as vítimas de calamidades públicas e desastres naturais) e crimes que visem tutelar interesses difusos e coletivos dos presentes e futuras gerações:

"Artigo 2º — Entende-se por vítima qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos ou ferimentos em sua própria pessoa ou bens, especialmente lesões físicas ou psicológicas, danos emocionais ou danos econômicos causados diretamente pela prática de um crime ou calamidade pública. §1º. As disposições desta lei aplicam-se as vítimas indiretas, no caso de morte ou de desaparecimento diretamente causada por um crime ou calamidade pública, a menos que sejam os responsáveis pelos fatos, entendidas estas as pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco até o terceiro grau, desde que convivam, estejam aos seus cuidados ou dependam desta. §2º. No caso de vitimização coletiva causada pela prática de crime ou calamidade pública serão adotadas medidas especiais de proteção, apoio e desvitimização. Parágrafo único. Entende-se por vitimização coletiva as ofensas a saúde pública, meio ambiente, sentimento religioso, consumidor, fé pública e demais hipóteses que comprometam seriamente determinado grupo social, independentemente de sua

⁵ SILVA, De Plácido e **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Cia Editora Forense, 2000, p. 870.

⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. I, Campinas, SP: Editora Bookseller, 2000

⁷ MARQUES, José Frederico. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1956, volume II, p. 56.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v.2, 20ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 438.

localização geográfica"⁹.

No presente estudo, considera-se o conceito de vítima em sentido amplo, ou seja, vítima não é apenas a pessoa prejudicada diretamente pelo ato criminoso em si, mas todas aquelas que sofreram algum prejuízo com o delito, seja de ordem material, psicológica ou física, pois adotando-se o atual conceito legal restrito, há riscos de interpretações equivocadas, devendo cada situação ser analisada, no caso concreto, para que se possa compreender e identificar as vítimas do ato criminoso.

Essa análise de tratamento e conceituação já deve ocorrer na fase policial, uma vez que são as primeiras autoridades a terem contato com as circunstâncias do fato. Assim, as vítimas deverão ser ouvidas, sempre que possível, para colaborar com a apuração da verdade real, podendo, inclusive, indicar provas e mencionar quem presume ser o autor do delito (art. 201, Código de Processo Penal).

A importância do estudo da vítima iniciou-se em meados da década de 1950, logo após a segunda Guerra Mundial, quando o mundo assistiu às atrocidades do Holocausto, que matou milhões de judeus e outros grupos indesejados pelo regime nazista de Adolf Hitler. O termo vitimologia foi criado por Benjamin Mendelsohn, advogado de Jerusalém em 1947, quando realizou uma palestra com o título: Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a Vitimologia, sendo o seu primeiro livro publicado em 1956, sustentando a autonomia científica da Vitimologia em relação à Criminologia¹⁰.

Inúmeras são as classificações do conceito de vítima trazidas pelas doutrinas, entretanto, Benjamin Mendelsohn, considerado o pai dessa nova ciência, classifica as vítimas como: vítima ideal, vítima por ignorância e vítima tão culpada quanto o delinquente¹¹.

A vítima ideal é aquela vítima completamente inocente, que não possui nenhuma participação no evento criminoso, ou seja, o delinquente seria o único culpado pela realização do crime, por exemplo nos crimes de terrorismo, vítimas de balas perdidas.

A vítima menos culpada que o criminoso é identificada como a vítima por ignorância,

⁹https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0uvl80204g9xxos9py2s4ian012236803.node0?codteor=1915623&filename=Tramitacao-PL+3890/2020

¹⁰ MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990, p. 3-4.

¹¹ MENDELSON, Benjamín. **Tipologias. Centro de Difusion de la Victimologia**. Disponível em: <<https://www.angelfire.com/ar/fmuraro/mendelsohn.htm>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

que contribuiu de alguma forma para o resultado danoso, mas que não teria tanta relevância, existindo alguns fatores que ligam à vítima ao risco, como por exemplo, vítima que frequenta locais perigosos; vítima que expõe objetos de valor. Essa classificação guarda semelhança com a teoria da Periculosidade Vitimal, em que se analisa também a responsabilidade da vítima através das premissas de estudos científicos vitimológicos. “De forma similar, nem sempre a ocorrência criminal é de responsabilidade única do criminoso – muitas vezes a vítima colabora para o desencadeamento do ato.”¹²

Nesse contexto, necessário abordar o conceito do instituto da autocolocação da vítima em risco, consoante a lição de Alessandra Orcesi Pedro Greco a qual fixou distinções relevantes classificando as vítimas em dois grupos: “Aqueles vítimas que criaram o risco para si, ou que consentiram para que outro a criasse; e aquelas que não tiveram nenhuma colaboração no risco para si próprias”¹³.

Esse entendimento é adotado pelo nosso atual Código Penal, que considera atenuante de pena (artigo 59, do Código Penal), a vítima que apresenta comportamento inadequado, facilitando, instigando ou provocando, de qualquer forma, ação do criminoso.

A vítima provocadora é aquela que tem participação ativa no *iter criminis*, que sem ela o crime não ocorreria, como nos crimes de rixa, aborto consentido e a eutanásia. Alguns doutrinadores incluem vítimas de estelionato, uma vez que esse crime exigiria uma participação ativa da vítima com a entrega do bem.

Já a vítima agressora ou imaginária é aquela que participa com alguma conduta direta, ligada ao crime, com uma atitude que comenta e instiga a prática criminosa, usando como exemplo, crimes de homicídios e lesão corporal privilegiados, que ocorrem após injusta provocação da vítima, gerando uma causa de diminuição de pena para o criminoso.

E por fim, a vítima como única culpada, aquela cujo comportamento foi imprudente ou negligente, causando por si só o resultado naturalístico, como por exemplo, o indivíduo embriagado que atravessa uma avenida movimentada vindo a falecer por atropelamento, na visão de Mendelson, a vítima é a única responsável pelo evento, não havendo que se falar em crime.

¹² VARGAS, Heber Soares. **Periculosidade Vitimal**. in: Vitimologia em Debate. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 50.

¹³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

No Direito Penal sabe-se que não existe a compensação de culpas, ou seja, a verificação de quem teve mais ou menos culpa. A culpa concorrente da vítima não compensa a culpa do agente, entretanto pode atenuá-la, dependendo das circunstâncias e do caso concreto.

O comportamento da vítima só pode servir para favorecer o autor da conduta criminosa, mas não para prejudicá-lo. Na situação de a vítima ser “menos” culpada que o agente, não há relevância para o direito penal. E na situação em que a vítima se comporta de maneira inerte ou atua de forma a não prejudicar a empreitada criminosa, não é possível aumentar a pena base com fundamento no seu comportamento.

Dentro da Criminologia, o estudo da vitimização subdivide-se em 3 fases. A vitimização primária, ou seja, aquela vítima que sofre as consequências diretas da ação criminosa. É, portanto, “*o processo pelo qual uma pessoa sofre, de modo direto ou indireto, danos físicos ou psíquicos derivados de um fato delitivo ou acontecimento traumático*”¹⁴, superando apenas a lesão ao bem jurídico estabelecido na norma penal, considerando que a sociedade é a destinatária primária da norma.

A vitimização secundária ou sobrevivitização ocorre quando a vítima sofre as consequências do próprio procedimento oficial do Estado, como por exemplo uma mulher que foi vítima de violência, ela já sofreu as consequências direta do crime, e ao se dirigir até a delegacia para registrar a ocorrência, ela é submetida à nova vitimização, com exame de corpo de delito, colheita de depoimento, causando ainda mais constrangimento àquela que já está abalada pela prática do delito. Josef Maria Tamarit Sumalla conceitua:

A vitimização secundária constitui o conjunto de custos pessoais para a vítima de um crime, abrangendo desde o seu interrogatório policial ou judicial, a realização de perícias e o contato com o ofensor, até o tratamento dispendido pela mídia¹⁵.

Esse tipo de vitimização, em específico, é resultado do que a realidade tem nos mostrado sobre o tratamento dispensado às vítimas, na praxe das instâncias policiais e judiciárias, não condizente com sua dignidade, não respeitando os anseios e as necessidades básicas de quem

¹⁴ STRATEGIES FOR TRAUMA AWARENESS AND RESILIENCE (STAR). **Level I training**. Harrisonburg: Eastern Mennonite University, SPI 2019. p.32, tradução nossa.

¹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, **La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas**. In: BACA BALDONERO, Enrique ; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (Coords). **Manual de victimología**. Valência: Tirant lo Blanch, 2006. p. 32-33.

sofre a infração penal, por vezes sendo inquiridas com desconfiança, expostas a situações vexatórias. Sobre essa desconfiança em relação aos atos da vítima, veja as palavras de Nilzaro Carneiro Leão:

Quero fazer mais uma observação sobre a vítima. O Professor Martin Simons, da Escola de Medicina da Universidade de Nova York, apontou a forma negativa com que a sociedade trata as vítimas, isto é, ela busca no comportamento da mesma a razão de ter sido vítima. Existem os juízes de reprovabilidade. Quando alguém tem um relógio furtado, diz-se: quem mandou sair com ele? Quando o sujeito vai ao banco e retira dinheiro, que normalmente coloca no bolso ou na bolsa, mas é furtado, logo se pensa: quem mandou sair do banco com dinheiro? Não é assim que acontece? Acho que todos aqui já foram furtados, e todos já sofreram esse Juízo. Quem mandou andar naquela rua deserta? Você tem certeza que fechou a porta do carro, quando o furtaram? Por que não gritou?¹⁶

Ser tratada com respeito, portanto, passa pelo necessário reconhecimento de que a vítima constitui verdadeiramente sujeito de direitos e não um mero objeto processual cuja *utilidade* resume-se ao fornecimento de informações sobre o delito.

Por fim, há, ainda, que se falar em vitimização terciária, quando há omissão do Estado ou até mesmo da própria família, que não ampara essa vítima em seu momento de maior vulnerabilidade, abandonando-a ou então sendo estigmatizada pela própria comunidade. Algumas vezes, além da inércia, órgãos do Estado ou da própria sociedade chegam a incentivar às vítimas para que não denunciem os fatos criminosos, criando a “cifra negra”, ou seja, infrações penais que não são levados ao conhecimento das autoridades, às vezes por medo, vergonha, ou até mesmo crença na impunidade. Antônio Beristain, precursor da criminologia espanhola, discorre sobre o assunto da seguinte forma:

A respeito da vitimização terciária, limitamo-nos a recordar que, às vezes, emerge como resultado das vivências e dos processos de atribuição e rotulação, como consequência ou ‘valor acrescentado’ das vitimizações primária e secundária precedentes. Quando alguém, por exemplo, consciente de sua vitimização primária ou secundária, avoca um resultado, em certo sentido, paradoxalmente bem-sucedido (fama nos meios de comunicação, aplauso de grupos extremistas, etc.), deduz que lhe convém aceitar essa nova imagem de si mesmo (a), e decide, por meio desse papel, vingar-se das injustiças sofridas e de seus vitimadores (legais às vezes). Para vingar-se, se autodefine e atua como delinquente, como viciado em drogas, como

¹⁶ LEÃO, Nilzardo Carneiro. **A vítima e o processo penal**. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Coord.). *Temas de vitimologia II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 103-110, p. 108.

prostituta”¹⁷.

O processo de vitimização passa pelas três fases, a vitimização primária (danos decorrentes do crime), a vitimização secundária (decorrente do sistema penal) e a vitimização terciária (decorrente da omissão do Estado e da sociedade).

1.2. Contextualização histórica do *status* da vítima no âmbito do processo penal

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, é importante realizar um apanhado baseado na tradicional análise acerca do papel da vítima ao longo da história da humanidade, sendo dividida pelo criminólogo Antônio García-Pablos de Molina em três fases: protagonismo, neutralização e redescobrimto¹⁸. Importante frisar, nesse aspecto, que devemos sempre considerar a existência de grande variedade de grupos e sociedades diversas, as quais possuem suas respectivas ordens jurídicas, o que enseja necessariamente uma abordagem genérica que possa abranger sistemas sociais que guardem certa uniformidade entre si e com a realidade brasileira.

A fase do protagonismo ou também conhecida como idade de ouro da vítima abrange um extenso período, que se iniciou nos primórdios da humanidade, com o surgimento das primeiras sociedades humanas, passando pelo Direito Romano, estendendo-se até a Idade Média. Nessa época, a primeira resposta social ao ilícito era a vingança, que se mostrava uma consequência dos impulsos naturais do homem. A vingança privada, que garantia à vítima a aplicação de um castigo como represália pelo mal sofrido, era uma prática estimulada pelo próprio grupo, como um mecanismo de controle social dos seus membros.

A vingança privada era de fato a prática utilizada pelos povos primitivos, entretanto, como afirma Alexandra Orcesi Pedro Greco, tal prática consistia em um poder dever que o ofendido ou seus familiares deveriam exercer, com fundamento em bases morais, mágicas e religiosas, possuindo esta atuação o caráter divino, na busca da reparação e restabelecimento da

¹⁷ BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Brasília. Editora UnB, 2000, p. 109

¹⁸ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia: uma introdução e seus fundamentos teóricos**. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.42.

paz social, abalada pelo delito¹⁹.

É importante ressaltar que em um estágio inicial de sociedade, a vingança privada não encontrava limites, resultando em frequentes excessos, os quais geralmente ensejavam uma nova vingança, por parte do agressor original, e assim sucessivamente, gerando um círculo de violência que ficou conhecida como vingança de sangue. Nesse contexto, Guilherme Costa Câmara questiona se havia alguma forma de controle normativo que incidisse sobre o exercício dessa vingança, ponderando que a ausência de regras, indicava a necessidade um controle, ainda que de forma rudimentar, para conservação daquelas primeiras formas de organização social²⁰.

A Lei do Talião, importante marco limitador da vingança privada, considerada um embrião do princípio da proporcionalidade, tem seu primeiro registro escrito, ao que tudo indica, no Código de Hammurabi (cerca de 1700 a.C), sendo reproduzida em normas posteriores da Antiguidade, como a legislação Mosaica (Levítico, 24; 19-20)²¹. Tal legislação expressa uma regra que garante proporcionalidade ao castigo a ser aplicado (*não mais que olho por olho, dente por dente e vida por vida*), estabelecendo limites mais seguros e precisos para a aplicação de sanções. Já começa a surgir a necessidade de reparação do dano, que geralmente assumia o viés de reparação monetária à vítima, visando reestabelecer o *status quo* ou como mecanismo de compensação.

Pode-se afirmar, então, que com a implementação dessas normas que garantem limite e proporcionalidade às sanções, tão bem representada pela Lei do Talião, a vingança privada, até então barbarizada pela vingança de sangue, passa a ceder espaço à justiça privada, em que um membro da comunidade ou autoridade pública passa a ser responsável por assegurar a observância de tais normas²².

Entretanto, como ensina Osvaldo Henrique Duek Marques, a transferência da vingança do particular para um poder central perdurava em algumas sociedades ainda como vingança privada, porém regulamentada, pois mantinha todas as características da vingança de sangue.

¹⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

²⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientada para a vítima do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23.

²¹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia: evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 24-26.

²² FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

Sendo que embora o sistema judiciário almeje racionalizar toda sede de vingança expressada no contexto social, a experiência demonstra, nos casos concretos de crimes graves, que muitas vezes os indivíduos não se satisfazem com a expectativa de punição decorrente de um processo judicial e cita exemplo emprestado de Hans Von Hentig, em que os parentes das vítimas requerem o direito de assistirem às execuções dos criminosos, fato este corriqueiro nos Estados Unidos da América, ainda nos dias de hoje²³.

Cabe, por fim, esclarecer, ainda com as palavras de Antônio Scarance que “durante o protagonismo da vítima, não havia distinção clara entre o ilícito penal e o civil e, por isso, as punições de ordem pecuniária representavam ao mesmo tempo pena e reparação”²⁴. Essa fase perdurou até o início do Estado absolutista, pois à medida em que o Estado se fortalecia, criando um novo poder centralizado, ele foi se afirmando sobre os particulares, impondo um monopólio sobre a jurisdição em geral e sobre o *ius puniendi* em particular.

Houve uma minimização da importância da vítima e iniciou-se a atuação de uma burocracia real jurisdicional, em que a solução dos conflitos se dava pela aplicação do Direito ditado pelo próprio Rei, dando indícios já de um sistema que futuramente seria denominado sistema processual inquisitorial.

A segunda fase, portanto, já inicia com esse monopólio da jurisdição penal nas mãos do Estado, e a vítima nesse contexto, é neutralizada, não tendo voz dentro do processo penal, podendo atuar apenas como denunciante do crime ou como testemunha objeto de prova. A ofensa, que antes atingia apenas à esfera da vítima, agora interessa também ao Estado. A infração penal passa a representar um ato de desafio ao Rei e ao seu Direito. E, sendo assim, merece uma repressão à altura, com uma resposta deliberadamente desproporcional, para demonstrar aos súditos a superioridade do poder do Monarca.

Nesse cenário, a opção do legislador foi garantir à exclusiva atribuição do Estado para deflagrar o início da persecução penal na grande maioria dos crimes. O sistema repressivo, nesse aspecto, substituiu a vingança privada, em que os excessivos e desumanos castigos públicos conferidos aos criminosos ganhavam ares de um teatro carregado de verdadeiro simbolismo político. Nesse sentido, o filósofo Michel Foucault nos ensina:

²³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2008, pp. 12-14.

²⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

O suplício tem uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. [...] E esta superioridade não é simplesmente a do direito, mas da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela – ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força – se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado.²⁵

Assim, buscando limitações ao Poder do Estado, visualiza-se no século XVIII, o surgimento do Iluminismo Penal, escola capitaneada por Césare Bonesana, principal representante da Escola Clássica do Direito Penal, autor do clássico *Dos Delitos e das Penas*, obra lançada em 1764, em que expressa a necessidade de previsão legal dos crimes e das penas, proporcionalidade e humanização destas, dentre outros princípios penais, o autor buscava fundamentos utilitaristas para a pena, tema comum aos penalistas ilustrados.

Da simples consideração das verdades até aqui expostas é evidente que o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem de desfazer um delito já cometido. Pode ele, em um corpo que, bem longe de agir por paixão, é o tranquilo moderador das paixões particulares, pode ele albergar esta inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos fracos tiranos? Os gritos estridentes de um infeliz talvez reclame, do tempo que não retorna, as ações já consumadas? O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infringi-las deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu.²⁶

Assim, com ideais iluministas, estabeleceram-se as bases de um Direito Penal sistematizado, com base no conceito de legalidade estrita. A evolução que se estende pelos séculos seguinte, foca quase que exclusivamente nos direitos e garantias do acusado, deixando a vítima no mais completo esquecimento em razão da apropriação do conflito penal pelo Estado.

Entretanto, após as duas grandes guerras mundiais travadas na primeira metade do

²⁵ FOUCAULT, Michel, **Vigiar e Punir**, tradução de: Raquel Ramallete, 25. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 49.

²⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Nelson Jahr Garcia. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2000, p. 57.

século XX, há uma terceira fase de revalorização da vítima, em razão, principalmente, da macrovitimização decorrente dos horrores presenciados durante o holocausto²⁷ e o aumento da criminalidade verificável nos grandes centros urbanos²⁸. De fato, nessa época o despertar vitimológico ganha maior fôlego com o desenvolvimento de uma nova ciência, cujo objeto de estudo centra-se na pessoa da vítima: a Vitimologia.

Assim, a vítima volta para um lugar de destaque na sistemática criminal e nesse momento, são repensadas ações efetivas de política criminal, atentando-se mais para um enfoque associado aos direitos das vítimas e as suas necessidades mais concretas. Elena Larrauri adequadamente pontua: “*Los derechos de las víctimas, sus intereses particulares, al margen de la dimensión colectiva o supraindividual del daño que el delito implica, deben ser legítimamente atendidos como la emergente corriente victimológica ha puesto adecuadamente de manifiesto*”²⁹.

As primeiras manifestações formais sobre a vítima foram levantadas por Etienne Greef e Wilhelm Saver. Todavia, o estudo sistemático e profundo iniciou-se com o advogado israelense Benjamim Mendelson, conforme citado anteriormente, criando então a Vitimologia. Mesmo anteriormente, outros autores já realizaram estudos sobre o tema, porém, foi Mendelson o primeiro autor a criar o termo Vitimologia na obra *The Origins of the Doctrine of Victimology*³⁰.

A preocupação com as vítimas crescia a cada dia, curiosamente apoiando-se em pensamentos criminológicos diversos e muitas vezes, antagônicos. Dentre tais pensamentos, de um lado, pode-se indicar a ideologia presente no movimento político-criminal *Law and Order*³¹,

²⁷ O termo holocausto não encontra uma aceitação unânime, principalmente no meio judaico, tendo em vista denotar um sacrifício religioso, de caráter voluntário, no que levariam vantagens termos como o *churban* (destruição) ou preferencialmente, *shoah* (catástrofe). Cf. DANZIGER, Leila. **Shoah ou holocausto – a aporia dos nomes**. Disponível em: < <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/maaravi/article/view/985>> Acesso em: 01 de jun de 2021.

²⁸ CAMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política criminal orientada para a vítima do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p.65-66.

²⁹ LARRAURI, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Trotta, Madrid, 2015, p. 213 ss. Véase, recientemente, una buena síntesis histórica de la evolución del tratamiento jurídico de la víctima (en fases: edad de oro-decadencia-resurgimiento) en PEREZ RIVAS, Natalia, *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 21.

³⁰ MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990, p. 3-4.

³¹ Movimento de Lei em Ordem. “A força motriz de tal movimento consiste em campanhas pelo aumento da repressão, do tipo tolerância zero, e outras similares, quem tem como característica maior a maximização da intervenção do direito penal em todas as esferas da sociedade, não apenas como instrumento de controle social, mas também como panaceia para a solução dos mais variados problemas, além de transformar em uma plataforma política”. (MAZZILLI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p.19)

que se serve de lemas vitimológicos para despertar um sentimento de empatia, conquistando, assim, adeptos a seu ideal de Estado Penal máximo e Estado Social mínimo³². Como fator ideológico contraposto, podem ser mencionados os pensamentos marxistas, rotulados sob a denominação de criminologia crítica – em especial, o realismo de esquerda e o abolicionismo³³ – que se debruçariam sobre os problemas reais das vítimas concretas do delito.

Partindo da premissa de que o Direito Penal não serviria para tutelar os direitos das vítimas do delito, estudiosos como a mexicana Maria de la Luz Lima Malvido propuseram a criação de um ramo específico que tivesse por objeto esse direito, o qual seria chamado de “Direito Vitimal”, e definido por Maria como: *“conjunto de princípios, valores, normas e procedimentos jurídicos locais, nacionales e internacionales, tendientes a requerir, possibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las victimas de delitos y abuso de poder”*³⁵.

Mas tal entendimento não era pacífico, Alex Germán Maisonnave argumentava que as vítimas não necessitavam necessariamente de um código próprio, bastando que as pautas vitimológicas fossem adotadas nas leis penais materiais e processuais, assim como se desenvolveu os Direitos Humanos, cujos valores e princípios se espalham por todos os ramos do Direito³⁶.

Importante frisar que a evolução do estudo sobre as vítimas de crime não é privilegiada, pois, como exposto anteriormente, foi marcada por um período de longo esquecimento, que maculou os direitos do ofendido. A vítima precisa ter sua dignidade reconhecida pelo

³² ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.26-27.

³³ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 695-723.

³⁴ Abolicionismo. “Se o homem conhecer o modo como o sistema penal funciona nunca será capaz de defendê-lo, pois torna-se impossível afirmar sua finalidade de prevenção dos delitos ou de ressocialização dos delinquentes. Uma vez que se transfere o estudo da Dogmática Penal para o estudo da Criminologia, abre-se um leque de possibilidades de estudos, com cifras de encarceramento, população carcerária, motins, fatores criminógenos do cárcere e construção das carreiras criminosas que, não se pode negar, decorre diretamente do colapso do sistema vigente. (HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline B. de. Penas perdidas. **O sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p.21)

³⁵ “Conjunto de princípios, valores, normas e procedimentos jurídicos locais, nacionais e internacionais, tendentes a exigir, habilitar e controlar as prerrogativas e reivindicações das vítimas de crimes e abuso de poder”. (MALVIDO, Maria de La Luz Lima. **Derecho Victimal**. In: MARCHIORI, Hilda (Coord.). **La víctima desde una perspectiva criminológica: asistencia victmológica**. Córdoba. Editora Universitária Integral, 2004, p. 130.).

³⁶ MAISONNAVE, Germán Alex. **Derecho victimal**. Revista Ibero-America de Ciências Penais, Porto Alegre, v.2, n.3, p. 103-111, mai./ago. 2001, p.108-109.

ordenamento jurídico, assim como o acusado. A vítima real, certa e determinada, diretamente ofendida pelo crime, muitas vezes ocupa uma posição de sujeito passivo eventual, sendo que seus interesses e vontades na solução do caso são esquecidos, ou então remetidos ao âmbito cível, de modo que toda a máquina judiciária se volta para aplicação da pena em virtude da violação do tipo penal.

Para mudar esse quadro de desamparo da vítima e estudar a fundo essa figura, surge o movimento humanístico do redescobrimento da vítima e o surgimento da ciência da Vitimologia. Conforme abordado por Alline Pedra Jorge:

redescobrimento da vítima com o surgimento do termo Vitimologia, utilizado pela primeira vez pelo advogado israelense Benjamin Mendelsohn, em uma conferência no hospital do Estado em Bucareste, mais precisamente em 1947. Posteriormente, Hans von Henting editou a considerada primeira obra sobre a vítima, qual seja: O criminoso e sua vítima, em 1948, que descreve a relação entre o criminoso e a vítima, demonstrando uma nova imagem do agredido, muito mais realista e dinâmica, como sujeito ativo e não como mero objeto.³⁷

Nesta feita, surge a ciência da Vitimologia, considerada um ramo da Criminologia, embora vitimólogos, como Erika Seguin e Alline Pedra Jorge, entre outros, consideraram-na como uma ciência autônoma. Pode-se definir Vitimologia como sendo a ciência que estuda a vítima: sua personalidade, aspectos biológicos, psicológicos e social em geral, inclusive com abordagem cultural, étnica e econômica, bem como a tutela administrativa e jurídica.

A ciência estuda os processos de vitimização, sua ligação com os vitimizadores, bem como os aspectos interdisciplinares. Segundo a vitimóloga Erika Segin: “é prioridade da Vitimologia o estudo do comportamento da pessoa vitimizada, da gênese de seu desenvolvimento, do estudo do processo de vitimização na dinâmica entre o vitimizador e sua vítima, do exame de sua classificação doutrinária”.³⁸

A missão da Vitimologia pode ser definida como:

Resumidamente, a Vitimologia alcança temas como a proteção da vítima e o reconhecimento de seu papel preponderante, como sujeito de direitos; o estudo das vítimas, não só de crimes mas daquelas agredidas em seus outros Direitos

³⁷ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal**. 2002, p.14. Disponível em: <http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20030711152749.pdf>

³⁸ ROBERT, Cinthia Robert; SEGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 1.

Fundamentais, tais como educação, saúde, emprego; a redução da vitimidade através de uma política de prevenção; a criação de políticas públicas de assistência psicológica, jurídica e social às vítimas de crime; a reformulação da legislação no sentido de melhor atender às suas expectativas.”

É inegável que as vítimas de crime já tiveram sua dignidade afetada pelo delito e encontram-se em situação de vulnerabilidade, logo merecem amparo diferenciado pelo Estado. Sobre essa correlação, importante a pontuação de Alline Pedra Jorge:

a intenção da participação da vítima na justiça criminal, e da sua interpretação como ser humano dotado de vida e de voz não surge na perspectiva de se prejudicar outros direitos, os do acusado, por exemplo. A Vitimologia preza pela valorização da vítima como ser humano [...]. Não se trata de substituir o respeito ao delinquente exclusivamente pelo respeito à vítima, ou de lhe atribuir papel principal. Trata-se da defesa dos direitos dos seres humanos enquanto vítimas de uma determinada ação delitiva [...]³⁹

Nesse contexto, anotamos que, a Vitimologia preza pela valorização da vítima como ser humano, e neste contexto se inserem, inclusive, os condenados à pena privativa de liberdade, os quais são frequentemente vítimas de uma série de violações de direitos.

Importante mencionar que, segundo Antônio Beristain, desde o primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia, celebrado em Jerusalém no ano de 1973, estabeleceu-se um programa de que "a filosofia política defenderá e assistirá a vítima mais que o delinquente: em lugar do tradicional axioma *in dubio pro reo*, se dirá *in dubio pro victima*: em caso de dúvida, em favor da vítima."⁴⁰ Assim, defendeu-se os interesses do ofendido até como princípio hermenêutico do Processo Penal.

A partir dos estudos vitimológicos, os quais reconhecem a vítima como importante personagem na dinâmica da ocorrência do delito, rompe-se com a ideia original dos estudos criminológicos que estavam unicamente direcionados para o criminoso, o crime e a pena, passando-se a considerar a vítima como fator essencial para a análise do fenômeno criminal.

Portanto, é possível constatar uma tendência de reconhecimento dos direitos às vítimas, especialmente os direitos de informação e de reparação do dano, além de se conferir a elas uma

³⁹ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 12.

⁴⁰ BERISTAIN, Antônio. **A Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Ed.Universidade de Brasília, 2000, p. 77.

maior participação no processo penal.

1.3. A tutela da vítima no âmbito internacional.

Considerando todos os conceitos abordados, pode-se afirmar que os direitos humanos buscam, em sua essência, a proteção das vítimas, sejam àquelas que sofrem os resultados dos atos de outrem diretamente, ou as que sofrem as consequências da prática criminosa indiretamente. Nesse sentido, todo o arcabouço normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como essência a proteção da vítima de delito enquanto pessoa humana. Assim, os estudos vitimológicos vieram a se desenvolver em resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, coincidindo com a quebra de paradigmas a marcar a internacionalização da proteção dos direitos humanos⁴¹.

Eloísa de Souza Arruda parte do postulado de que todos os homens são iguais em direitos e dignidade, as barreiras de soberania nacional dos Estados foram rompidas, evoluindo a humanidade para uma ótica internacional e globalizada, para melhor garantir a implementação e o respeito aos direitos humanos. O indivíduo passou a gozar de status de sujeito de direitos internacionais, independentemente do Estado de origem⁴².

Vários foram os documentos internacionais que traziam em seu conteúdo a proteção dos direitos humanos, englobando a tutela da vítima do delito, em um contexto geral. Assim foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada, em 1948, por 48 Estados, registrando-se oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética) e nenhum voto contrário⁴³, e representou, no novo panorama de proteção internacional dos direitos humanos, um marco

⁴¹ No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma ruptura ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram reconstruídos com a internacionalização da matéria. Com isso, o Direito Internacional passou por uma lenta mudança do seu eixo central voltado à perspectiva do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais. Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88 e 89).

⁴² ARRUDA, Eloísa de Souza. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008 (Tese de doutorado).

⁴³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 934 e 935.

quanto à sua universalidade, indivisibilidade e inerência, consagrando a condição humana como bastante para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana seu fundamento⁴⁴.

Registra-se aqui colocação que Monica Ovinski de Camargo faz sobre o tema:

O maior mérito da DUDH – Declaração Universal de Direitos do Homem – foi reunir a maior parte dos representantes das Nações mundiais para que juntos reconhecessem que o ser humano possuía direitos e garantias. Esse foi apenas mais um passo dado dentro do processo secular de positivação e realização dos direitos do homem. Talvez tenha sido o passo mais importante que tais direitos galgaram até os dias atuais, mas, indubitavelmente, não foi o primeiro e nem o último dos que ainda precisam ser conquistados⁴⁵.

Há divergência sobre a natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que tal documento não passou pelos procedimentos internacionais e internos para a celebração de tratados, nascendo de uma resolução da Assembleia Geral da ONU, sem ter se procedido à assinatura. Valério de Oliveira Mazzuoli, entretanto, em seu *Curso de direito internacional público*, compreende a Declaração Universal como dotada de força cogente por integrar o *jus cogens* em direito das gentes⁴⁶. André de Carvalho Ramos já defende que, em certas partes, em especial àquelas relacionadas aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal, a Declaração Universal consubstancia espelho do costume internacional de proteção dos direitos humanos⁴⁷, sendo, de todo modo, inequívoca sua irradiação sobre tudo o quanto correlato àquilo que veio a consagrar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, prevê, em seu preâmbulo, ser o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo o reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano, assim como seus iguais e inalienáveis direitos, a fim de que, mediante o ensino e a educação, promova-se o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, inclusive pela adoção de medidas progressivas em âmbito nacional e

⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90; PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47 e 48.

⁴⁵ CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil : O Conflito entre Punir e Libertar**, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005, pág. 55.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 203 e 939

⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48

internacional que lhes possam assegurar efetividade e observância universais⁴⁸. Segundo Lynn Hunt,

A Declaração Universal não reafirmava simplesmente as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e providenciava o sufrágio universal e igual por votação secreta. Além disso, requeria a liberdade de ir e vir, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar e, com mais controvérsia, o direito à segurança social; o direito de trabalhar, com pagamento igual para trabalho igual, tendo por base um salário de subsistência; o direito ao descanso e ao lazer; e o direito à educação, que devia ser grátis nos níveis elementares. Numa época de endurecimento das linhas de conflito da Guerra Fria, a Declaração Universal expressava um conjunto de aspirações em vez de uma realidade prontamente alcançável. Delineava um conjunto de obrigações morais para a comunidade mundial, mas não tinha nenhum mecanismo de imposição. Se tivesse incluído um mecanismo para impor as obrigações morais, nunca teria sido aprovada. Entretanto, apesar de todas as suas deficiências, o documento teria efeitos não de todo diferentes daqueles causados pelos seus predecessores do século XVIII. Por mais de cinquenta anos ele tem estabelecido o padrão para a discussão e ação internacionais sobre os direitos humanos⁴⁹.

No ano de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – a compor, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a “Carta Internacional de Direitos Humanos” –, tendo ambos entrado em vigor em 1976, vindo a ser promulgados no Brasil, respectivamente, pelos Decretos números 592 e 591, ambos de 6 de julho de 1992⁵⁰.

Desde sua adoção, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos⁵¹.

⁴⁸ **DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos**. In: Direitos Humanos – atos internacionais e normas correlatas. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

⁴⁹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 206.

⁵⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147.

⁵¹ Sobre o tema, conferir: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; JUNQUEIRA, Michelle Asato; ANDREUCCI, Ana

Conforme ensina Flávia Piovesan, o instrumento de maior importância do sistema americano de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, teve seu texto aprovado no ano de 1969, entrando em vigor a partir de 1978, quando obteve a ratificação do 11º país (conforme previsão do § 2º de seu artigo 74) e vindo a ser promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992⁵². Além de enaltecer a necessidade de respeito, pelos Estados Membros, dos direitos e liberdades nela reconhecidos, garantindo seu livre e pleno exercício a todos aqueles sujeitos à sua jurisdição, sem discriminação alguma (artigo 1º, § 1º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe expressamente sobre o dever estatal de adoção de disposições de direito interno – sejam medidas legislativas, sejam de outra natureza – que se apresentem como necessárias à efetividade dos direitos e liberdades quando estes não estiverem garantidos (artigo 2º)⁵³.

Considerando o objeto da presente pesquisa, assume destaque mesmo a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas –Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985 –da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, cujo conteúdo tem por base a consciência de que milhões de pessoas são vitimadas por crimes e outros atos representativos de abuso de poder, sem o devido reconhecimento de seus direitos. Esse documento traduziu a necessidade de adoção de medidas, nos planos nacional e internacional, que garantissem o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas de crimes e de abuso de poder, destacando ser indispensável o esforço dos Estados e da comunidade internacional nesse sentido.

Reconhecendo a existência de recorrentes violações aos direitos das vítimas de crimes e de abuso de autoridade, o documento demanda a adoção de várias medidas relevantes, entre outras: adoção de medidas nos campos da assistência social, da saúde, da educação e da economia, com vistas à redução da vitimização e à ajuda de vítimas carentes; implantação de medidas especiais de prevenção ao crime; regular exame da legislação e práticas existentes de

Claudia Pompeu Torezan. **O papel inspirador da Declaração Universal dos Direitos Humanos na construção histórica dos direitos de crianças e adolescentes.** In: ARRUDA, Eloisa de Souza; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. 1948 -2018 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. São Paulo: Imprensa Oficial, 2018.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255

⁵³ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 08 nov. 2021.

modo a se proibirem atos atentatórios aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente; bem como ao relevo da investigação, prossecução e condenação dos culpados pela prática de crimes, inclusive mediante a colaboração internacional, registrando-se não só o direito de acesso às instâncias judiciárias, mas também o direito a uma rápida reparação pelo prejuízo sofrido⁵⁴.

Seguindo essa tendência, no ano de 1998, a evolução da justiça penal internacional culminou com a entrada em vigor do Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, sendo sancionado pelo presidente do Brasil Fernando Henrique da Costa em 25 de setembro de 2002, entrando em vigor o Decreto Nº 4.388. Esse documento traz um extenso rol de direitos inovadores às vítimas dentro do processo, apontando uma mudança estrutural do centro de gravidade do Direito Internacional Penal. Já no preâmbulo, o Estatuto de Roma reconhece o sofrimento da vítima: “Tendo presente que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens foram vítimas de atrocidades que desafiam a imaginação e comovem profundamente a consciência de humanidade”⁵⁵.

Flávia Piovesan expõe que:

O Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, per manente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais frente ao Tribunal Penal, afastando-se a relação entre "vencedores" e "vencidos"⁵⁶.

Os direitos reconhecidos pelo Estatuto de Roma inovam na estrutura formal e material, permitindo às vítimas uma representação ativa no procedimento, tanto na fase perante o Juízo de Instrução, quanto na fase perante o Juízo de Julgamento. Aqui, considera-se a fase perante o Juízo de Instrução como aquela que compreende as investigações preliminares, a verificação

⁵⁴ **DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.** USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 03 nov. 2021.

⁵⁵ BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 nov 2021

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 299.

da competência do Tribunal, a análise da admissibilidade da causa, discussão sobre caracterização do ilícito e demais questões que eventualmente podem ser discutidas perante o Juízo de Julgamento. Por essa razão, Kate Gibson afirma que há um princípio de que as todas as vítimas têm o direito de participar, de opinar e de serem informadas de todas as decisões relativas a esta investigação⁵⁷, sendo tal princípio devidamente materializado no artigo 15 do Estatuto, determinando que as vítimas sejam informadas da decisão do promotor de submeter à apreciação do Juízo de Instrução seu requerimento para iniciar uma investigação formal e para que possam, em seguida, apresentar representação escrita.

Analisando as formas de participação das vítimas nos vários procedimentos do Tribunal Penal Internacional, resta evidente que, com base no Art. 68 (3) e nas Regras 85 *et seq.* às vítimas será garantido o direito de participação sempre que houver ato decisório, sendo imprescindível sua atuação, seja para garantia da legitimidade e legalidade do processo, seja para acrescentar a visão daqueles que mais estão relacionados com os resultados da conduta criminosa⁵⁸.

O mérito do Estatuto na maneira como garantiu a participação autônoma da vítima em vários estágios dos procedimentos é louvável. Entretanto, o grande avanço desse documento internacional foi o reconhecimento e adoção de um conjunto de regras tendentes a prover as vítimas com indenizações pelos danos sofridos. Se a participação das vítimas vai muito além da mera litigação civil⁵⁹, os efeitos desta não podem ser deixados de lado.

A questão vem tratada pelo Art. 75 do Estatuto⁶⁰ e pelas Regras 94 a 98 das Regras de

⁵⁷ GIBSON, Kate; OLÁSOLO, Hector; STAHN, Carsten. **Participation of victims in the pre-trial proceedings** of the ICC. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, n. 4, p. 219-238, 2006, p. 226

⁵⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. **The legislative history of the International Criminal Court**. NY: Transnational publishers, 2005, p. 331 et seq.

⁵⁹ GIBSON, Kate; OLÁSOLO, Hector; STAHN, Carsten. **Participation of victims in the pre-trial proceedings** of the ICC. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, n. 4, p. 219-238, 2006, p. 220

⁶⁰ Artigo 75 Reparação em Favor das Vítimas

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.

2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.

3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e levar em

Procedimento e Prova. Como tema complexo que é, são muitas as dificuldades que envolvem o regime de indenizações do Tribunal Penal Internacional: principalmente no que se refere à cooperação dos Estados para a execução das medidas restritivas e, da mesma forma, a concorrência entre o TPI e os tribunais nacionais⁶¹. Mas como ensina Willian Schabas: “O Tribunal também poderá, neste contexto, requerer a determinado Estado que proceda à apreensão dos produtos dos crimes, bens e haveres com vistas a sua declaração de perda e reparação”⁶².

O Estatuto permite que o Tribunal, de ofício (Regra 95) ou provocado pelas vítimas interessadas (Art. 94) determine a extensão do dano que fora causado e ordene sua reparação. As Regras de Procedimento e Prova obrigam ainda que as vítimas sejam notificadas de todos os atos e possam oferecer suas razões.

Ao final, o Tribunal poderá se decidir por uma indenização de bases individuais ou de bases coletivas (o que é interessante para reforçar o simbolismo da unidade em relação às vítimas do crime). Para garantir a efetiva reparação da vítima, o artigo 79 do Estatuto de Roma prevê a criação de um Fundo para Vítimas de crimes (*Trust Fund for Victims - TFV*) de competência do TPI, que é órgão responsável por gerir os bens arrecadados ou as pecúnias destinadas à indenização⁶³, que poderá ser utilizado subsidiariamente, sempre que se verifique a impossibilidade de individualização do dano *a priori*.

“O TFV enfatiza os seguintes princípios fundamentais: participação das vítimas no planejamento de programas, sustentabilidade de iniciativas comunitárias, concessão transparente e direcionada, acessibilidade para candidatos que tradicionalmente não têm acesso a financiamento, atentando-se à vulnerabilidade especial de meninas e mulheres, fortalecendo-se a capacidade dos doadores e coordenando-se esforços para

consideração as pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados.

4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1o do artigo 93.

5. Os Estados Partes observarão as decisões proferidas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo.

6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.

⁶¹ FERSTMAN, Carla. **Reparation regime of the International Criminal Court**. Leiden Journal of International Law. Leiden, n. 15, p. 667-686, 2002, p. 669 (tradução nossa).

⁶² SCHABAS, William. **An introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 174.

⁶³ FERSTMAN, Carla. **Reparation regime of the International Criminal Court**. Leiden Journal of International Law. Leiden, n. 15, p. 667-686, 2002, p. 674.

assegurar a seleção e a gestão das subvenções de forma estratégica e coerente. [...] O Tribunal estabeleceu duas de terminações ao TFV: (i) implementar reparações ordenadas pelo Tribunal e (ii) fornecer reabilitação física e psicossocial ou apoio material às vítimas de crimes que se enquadram na jurisdição do Tribunal". (tradução nossa).

A criação e instalação do Tribunal Penal Internacional encerra a discussão das atividades internacionais passíveis de realização na área dos direitos humanos, as quais se resumem na promoção, controle e garantia⁶⁴. As obrigações de promoção destinam-se ao incentivo e aperfeiçoamento da tutela de direitos humanos dos Estados; ao passo em que as atividades de controle criam ferramentas de cobrança das obrigações contraídas pelos Estados na esfera internacional; e, por sua vez, a atividade de garantia, viabilizada por meio de um Tribunal Internacional, ocupa-se da defesa e proteção dos cidadãos contra os Estados.

Nas lições de Norberto Bobbio:

A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente⁶⁵.

Dois anos depois da incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento pátrio, o decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004, promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Trans nacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, assinado em Nova York, em 15 de novembro de 2000. Entre as obrigações, o Brasil assume a de implementar o direito à informação, facilitar o repatriamento de vítimas e, por meio de cooperação com a sociedade civil organizada, fornecer: "a) Alojamento adequado; b) Aconselhamento e informação, especialmente quanto aos direitos que a lei lhes reconhece, em um dialeto que compreendam; c) Assistência médica, psicológica e material; e d) Oportunidades de emprego, educação e

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

formação" (arts. 6 e 8)⁶⁶.

Em 16 de dezembro de 2005, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova mais um documento internacional, a Resolução 60/147, estabelecendo os princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para as vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário⁶⁷, estabelecendo, entre outros, o direito à indenização e restituição do dano causado por violência ou trauma, explicando que o dano psicológico integra o conceito de ilícito penal.

Tempos depois, zelosa às necessidades das vítimas de criminalidade e diante da cristalina insuficiência do tratamento a elas dispensado até então pelos diversos sistemas de Justiça da Europa, a Diretiva 2012/29/UE do Conselho da União Europeia⁶⁸, estabeleceu normas mínimas sobre os direitos, o apoio e a proteção às vítimas do delito, servindo como fundamento e antecedente imediato dos Estatutos das Vítimas promulgados na Espanha⁶⁹, Portugal e Alemanha.

1.3.1. Estatutos das vítimas no Direito Comparado

O ordenamento jurídico espanhol, por meio da Lei nº 4, de 27 de abril de 2015, instituiu o Estatuto da Vítima de Delito⁷⁰, seguindo a Diretiva e tendo como premissa a Decisão Marco do Conselho Europeu, de 15 de março de 2001, a qual reconheceu uma série de direitos das vítimas no âmbito do processo penal⁷¹. Tal decisão de natureza vinculante, no ano de 2001 – leia-se - 11 anos antes da Diretiva 2012/29/EU - já tinha ordenado às autoridades nacionais,

⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

⁶⁷ PORTUGAL, Ministério Público. Procuradoria Geral da República. Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para as vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>.

⁶⁸ UE. Diretiva nº 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI.

⁶⁹ FERNANDES, Antônio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima**. Justitia. São Paulo, v. 53, n. 156, p. 68, out/dez 1991.

⁷⁰ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>. Acesso em: 02.05.2021

⁷¹ FERNÁNDEZ, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. **La Víctima en la Justicia Penal: El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito**. Madrid: Dykinson, 2016. p. 68.

especialmente às jurisdicionais, que a legislação nacional fosse interpretada de forma a possibilitar que o resultado contido na decisão marco seja alcançado.

Sobre os direitos das vítimas, o artigo 3º do Estatuto prevê que:

Artículo 3. Derechos de las víctimas.

Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso. (Grifo nosso)⁷².

Registra-se que, os direitos reconhecidos no Estatuto abrangem todas as vítimas, independentemente de elas terem ou não se constituído como parte no processo, havendo, ainda, previsão de alguns direitos que são assegurados antes mesmo de o processo penal ter início⁷³. Sobre os direitos básicos das vítimas reconhecidos pelo ordenamento jurídico espanhol, importante destacar que comportam três níveis de proteção, os quais guardam muito em comum com a legislação portuguesa.

As medidas de proteção gerais são aquelas que evitam o contato entre a vítima e o agressor, garantindo a segurança pessoal da vítima de seus familiares em função de eventuais riscos relacionados à sua participação ou intervenção no processo penal, isto é, riscos de represálias e concretizações de ameaças contra a integridade física, psíquica e até mesmo de natureza material, efetuando-se a gestão de espaços (artigo 20); reconhecimento médico da vítima durante a investigação criminal (artigo 21); preservação de sua intimidade pessoal e familiar, excepcionando-se o princípio da publicidade das decisões judiciais e restringindo-se o direito à informação da opinião pública⁷⁴.

⁷² Artigo 3. Direitos das vítimas.

Toda vítima tem direito à proteção, informação, apoio, assistência e atenção, bem como à participação ativa no processo penal e a receber tratamento respeitoso, profissional, individualizado e não discriminatório desde o primeiro contato com as autoridades ou funcionários, durante a execução dos serviços de assistência e apoio à vítima e da justiça restaurativa, ao longo de todo o processo penal e por um período de tempo adequado após a sua conclusão, independentemente da identidade do autor da infração e do resultado do processo. ESPANHA. Ley nº 4/2015, de 27 de abril. Estatuto de las víctimas Del delito.

⁷³ FERNÁNDEZ, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. **La Víctima en la Justicia Penal: El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito**. Madrid: Dykinson, 2016. p. 69.

⁷⁴ SERRANO MASIP, Mercedes. **Medidas de protección de las víctimas**. In: HOYOS SANCHO, Montserrat

Já as medidas de proteção especiais visam evitar qualquer forma possível de vitimização secundária, a qual é sabidamente carregada de grande danosidade, já que acentua os efeitos da vitimização original e impede a superação do trauma. São aplicáveis à fase de investigação e instrução, a oitiva em local especializado e adaptado a essa finalidade; prevenção do contato visual entre a vítima e o ofensor, inclusive por meio de tecnologias de comunicação; profissionais capacitados para reduzir ou limitar o prejuízo causado às vítimas; proibição de formulação de perguntas atinentes à vida privada da vítima ou sem relevância para o esclarecimento dos fatos; tomada de declarações diretamente pelo juiz ou pelo Ministério Público e por pessoa do mesmo sexo da vítima, a pedido desta, nos casos de violência doméstica, de gênero, de liberdade e identidade sexual ou tráfico de pessoas com fins de exploração sexual⁷⁵. Nesse quesito, o Estatuto defende a utilização ampla e generalizada da videoconferência, não somente a favor da proteção das vítimas, mas como melhor forma de administração da justiça.

Por fim, as medidas de proteção específicas destinam-se às vítimas menores de idade ou incapazes que necessitam de especial proteção, evitando que sejam revitimizadas perante as instâncias formais de controle social, adotando-se providências necessárias para que as vítimas sejam ouvidas em condições adequadas para prevenir a vitimização secundária.

Em Portugal, a Lei n° 130, de 04 de setembro de 2015, promulgou o Estatuto das Vítimas Português, responsável por alterações certas no Código de Processo Penal Português, orientadas pela mencionada Diretiva n° 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho.

Tal legislação conceituou a vítima como: toda "pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial diretamente causado por ação ou omissão no âmbito da prática do crime", e reconhecendo, ainda, as vítimas indiretas, assim consideradas como familiares de uma vítima morta em função de um evento criminoso e que tenham sofrido prejuízos decorrentes dessa vitimização att. 67-A do CPP)⁷⁶. O Código lusitano estabeleceu uma série de direitos às

(Coord). La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales. Navarra: Thomas reuterer Aranzadi, 2017, p. 146.

⁷⁵ SERRANO MASIP, Mercedes. **Medidas de protección de las víctimas**. In: HOYOS SANCHO, Montserrat (Coord). La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales. Navarra: Thomas reuterer Aranzadi, 2017, p. 155.

⁷⁶ PORTUGAL. Lei n° 130, de 04 de setembro de 2015. Estatuto da Vítima.

vítimas, além de adotar vários princípios norteadores decorrentes de sua proteção integral.

Ressalta-se, nesse ponto, o princípio da informação (art. 8), que busca assegurar às vítimas a prestação de informação adequada para a tutela de seus direitos, desde o primeiro contato com as autoridades e funcionários competentes, inclusive em momento anterior à comunicação do fato e sem atrasos injustificados, de modo a obter acesso aos tipos e locais de serviços destinados à obtenção de apoio; o tipo de apoio a que tem direito; onde e como pode providenciar o registro da ocorrência; onde pode obter consulta e assistência jurídica; quais os requisitos para a obtenção de seu direito à indenização, quais os mecanismos de defesa de seus interesses em Portugal, sendo residente em outro país; as formas de reembolso das despesas processuais, entre outros pontos de interesse (art. 11.1).

Durante o devido processo penal, o direito à informação concretiza-se na possibilidade de consulta ao processo e obtenção de cópias, assim como o acesso aos dados relacionados à ocorrência já registrada e seu eventual arquivamento, denúncia, estado do processo, sentença, decisão de pronúncia e demais decisões emanadas pelo Tribunal (arts. 11.5 e 11.6), podendo, inclusive, nos termos do artigo 7, a vítima declarar, quando do registro inicial da ocorrência, que pretende ser notificada de todas as decisões a serem proferidas no processo.

Interessante notar, na legislação portuguesa, a "garantia de comunicação" como desdobramento do direito à informação. Nesse contexto, a lei reconhece que não basta a informação, visto que ela de nada vale sem que sejam adotadas as "[...] medidas necessárias para que as vítimas compreendam e sejam compreendidas". Determina-se, assim, que todas as comunicações com as vítimas sejam efetuadas em "linguagem simples e acessível", o que revela a preocupação com a minimização da vitimização secundária⁷⁷. Os termos da linguagem jurídica, muitas vezes, se traduzem em um óbice intransponível, impedindo a conexão e o estabelecimento de vínculo de confiança entre vítima e órgãos encarregados da persecução penal, razão pela qual o princípio da informação somente se concretiza quando promove a efetiva comunicação, com simplicidade, garantindo a acessibilidade.

Assim como a legislação portuguesa, o Estatuto da Vítima espanhol traz o direito à informação desde o primeiro contato com as autoridades competentes (art. 5), reconhecendo à

⁷⁷ PORTUGAL. Lei nº 130, de 04 de setembro de 2015. Estatuto da Vítima. "Artigo 12. Garantias de Comunicação. 1. Devem ser tomadas as medidas necessárias para garantir que as vítimas compreendam e sejam compreendidas, desde o primeiro contacto e durante todos os outros contactos com as autoridades competentes no âmbito do processo penal."

vítima a possibilidade de obtenção de cópia da ocorrência devidamente registrada (art. 6, a), bem como do recebimento de notícias e informações do processo (art. 7). Registra-se, ainda, a garantia de acessibilidade à informação, por meio do "direito a entender e ser entendida", impondo a necessidade de promover a assistência linguística quando a vítima não dominar o idioma oficial local⁷⁸.

O Estatuto da Vítima Português preocupa-se, de maneira especial, com o direito à proteção da vítima, consagrando os princípios do respeito e reconhecimento; princípio da autonomia da vontade; princípio da confidencialidade e princípio do consentimento.

Pontua que o respeito à dignidade da pessoa da vítima é o cerne de todo e qualquer atendimento e intervenção em favor dela. Estabelecendo o "respeito" como regra de direito legalmente reconhecida, materializa-se uma nova forma de proteção à vítima em função de sua condição, experiências e vulnerabilidades, ao mesmo tempo em que se tutela a autonomia de vontade, assim entendida como a necessidade de consentimento livre e esclarecido quanto às intervenções de apoio técnico em seu favor (art. 7º)⁷⁹.

A intimidade da vítima é especialmente preservada nesse contexto, mediante a adoção de medidas tendentes a protegê-la da revitimização causada durante a instrução processual, principalmente com as audiências públicas, que inevitavelmente expõem a vítima, bem como pela mídia, em especial, nos casos de grande repercussão social. Sobre o assunto, Winfried Hassemer: “Os meios de comunicação podem fazer da audiência principal seu próprio cenário, eles podem explorá-la e compor os dados registrados e as evoluções em uma nova imagem apropriada pela mídia”⁸⁰.

Em especial nesses casos de grande interesse público, os quais são amplamente comercializados e instruídos pela mídia como um verdadeiro espetáculo, a vítima deve ser protegida dos riscos trazidos pela publicidade. Nem mesmo o princípio da transparência dos atos processuais justifica a publicidade enquanto ingerência arbitrária na intimidade de um ser humano já vitimizado, sob o pretexto do exercício da publicidade do processo ou do direito à liberdade de expressão e liberdade de imprensa, mormente porque inexistente interesse público capaz de preponderar sobre a desgraça alheia.

⁷⁸ ESPANHA. Ley nº 4/2015, de 27 de abril. Estatuto de lãs víctima Del delito.

⁷⁹ PORTUGAL. Lei nº 130, de 04 de setembro de 2015. Estatuto da Vítima.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 226.

Guilherme de Souza Nucci propõe a seguinte conciliação hermenêutica: “informa-se tudo que diga respeito ao coletivo e à ação do Estado”; no entanto, de igual forma, “preserva-se tudo o que se relacione com o indivíduo e não interesse, diretamente, à coletividade e ao Estado”⁸¹. Oportunamente, portanto, prevê a legislação protetiva portuguesa a tutela da intimidade da vítima de certos tipos de criminalidade, com a previsão especial da imputação de crime de desobediência a quem se dispuser a sua violação.

Assim como na legislação espanhola, em Portugal são legitimadas as vítimas “especialmente vulneráveis”⁸², para as quais essas medidas de proteção são maximizadas e resultam em outros direitos, a saber a) inquirições especiais pela mesma pessoa, a qual deve ter o mesmo sexo da vítima, salvo se efetuadas pelo Ministério Público ou por juiz (art. 21, 2, “b”); b) oitiva por videoconferência ou teleconferência (art. 23) como suporte às medidas destinadas a se evitar contato visual entre vítima e arguido no curso do processo (art. 21”, 2, “c”); c) direito à intimidade e sigilo de dados de crianças vítimas, sob pena de desobediência (art. 22, 5); d) exclusão da publicidade das audiências; e) vedação aos órgãos de comunicação de veiculação de notícias que identifiquem ou transmitam “[...] elementos, sons ou imagens que permitam a sua identificação, sob pena de os seus agentes incorrerem na prática de crime de desobediência” (art. 27); e f) prestação de declarações para memória futura, que consiste na colheita da versão da vítima uma única vez por parte do juiz, a fim de evitar a multiplicidade de colheitas claramente revitimizadoras em crimes de maior gravidade (art. 21º, 2, “d” e art. 24)⁸³.

Relevante observar que ambos os Estatutos destacam a necessidade de avaliação individual das vítimas, medida esta destinada à verificação da natureza das medidas de proteção indicadas a satisfação de seus reais interesses. Na Espanha, o artigo 24 do Estatuto da Vítimas tipifica uma gama de critérios a serem observados nesta avaliação, que caberá, na fase inquisitiva, ao Juiz, ao Promotor de Justiça e os funcionários de polícia que atuem nas

⁸¹ NUCCI, Guilherme. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 376.

⁸² Em função das mudanças promovidas pelo Estatuto da Vítima, o artigo 67-A, 1, “b”, do CPP Português passou a dispor que vítima especialmente vulnerável é aquela “cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, de sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social”, ao passo em que o artigo 67-A, prevê que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas especialmente vulneráveis. PORTUGAL Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei nº 16489, de 15 de fevereiro de 1929.

⁸³ PORTUGAL, Lei nº 130, de 04 de setembro de 2015. **Estatuto da Vítima**.

investigações iniciais, e ao Juiz ou Tribunal na fase processual⁸⁴.

Superadas as medidas de proteção gerais e especiais, discute-se a importância das medidas de participação das vítimas em todos os atos processuais e extraprocessuais, decorrentes do princípio da igualdade no processo penal dotado de feição democrática, eis que, por meio delas, pretende-se a inclusão dos interesses do ofendido na discussão processual, de modo a prestigiar aquele que é atingido diretamente pelo crime. O direito à participação viabiliza que a vítima cuide pessoalmente de suas pretensões reparatórias voltadas à efetiva resolução do conflito.

Sobre o tema, imprescindível uma breve exposição sobre o modelo participativo contemplado na legislação da Alemanha, cujo modelo é conhecido como "terceira via" do sistema sancionador⁸⁵, na medida em que trata a reparação como alternativa à punição.

Nos mesmos termos do ordenamento pátrio, na legislação alemã também prepondera a regra do princípio da obrigatoriedade da ação penal, admitindo-se a prevalência do princípio da oportunidade para alguns delitos de menor gravidade, facultando ao Ministério Público deixar de ajuizar a ação penal, promovendo o arquivamento do caso, de forma temporária ou definitiva, sempre que o acusado cumpra determinadas condições que afastem o interesse público na continuidade da persecução, como, por exemplo, quando o acusado repara o dano (*Wiedergutmachung*, 153, a, 1) ou se esforça em obter uma conciliação com a vítima (*Tater-Opfer-Ausgleich*, §153, a, 5)⁸⁶.

Nesse modelo, segundo Rudolphe Juy-Birmann, verifica-se a participação da vítima no processo de cinco formas diferentes:

- 1- A *Strafantrag*, prevista no §77, StGB, e 158, 2 StPO, equivale à acusação particular existente em Portugal e à ação penal pública condicionada à representação no Brasil, que condiciona a persecução penal à manifestação de vontade da vítima, e alcança algumas infrações de menor gravidade ou que digam respeito à intimidade da vítima (*die Antragsdelikte*)⁸⁷.

⁸⁴ ESPANHA Ley a 4/2015, de 27 de abril. **Estatuto de la victima del delito**.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Pena y reparacion**. ADPCP, V. LIII, p. 5-15, 1999.

⁸⁶ CAMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304.

⁸⁷ JUY-BIRMANN, Rudolphe. **O sistema alemão**. In: DELMAS-MARTY Marielle (org.). *Processos penais da Europa*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.15-16.

- 2- A *Privatklage*, descrita no §374, StPO, corresponde à ação penal privada iniciada mediante a apresentação de queixa contra o autor e, portanto, contempla amplo poder de disposição por parte do ofendido (§374, 1, StPO)⁸⁸ e uma tentativa de conciliação perante uma autoridade arbitral, destinada a incentivar a reparação do dano (*Suhneversuch*. §380, StPO)⁸⁹.
- 3- A *Klageerzwingungsverfahren* (§172, StPO), nos casos de arquivamento condicional, abre a possibilidade de apresentação de reclamação escrita ao chefe do Ministério Público; e, em caso de resultado desfavorável, cabível novo recurso ao Tribunal Regional Superior, a fim de se obter a determinação para obrigatoriedade de promoção da ação penal⁹⁰.
- 4- Procedimento de Adesão (*Adhäsionsverfahren*), que cuida da reparação (*Entschädigung*) e permite que a vítima obtenha sua pretensão civil de natureza reparatória no bojo do processo penal (§§403-406, c, StPO)⁹².
- 5- Possibilidade de intervenção como Assistente (*Nebenklage*, §§ 395-402, StPO), em ação penal de natureza pública, e que abrange os seguintes direitos, assim resumidos: fazer-se presente durante a audiência, sendo representado por advogado; ser ouvido; acesso aos autos e apresentação de provas de forma direta; recusar juízes e peritos; assistência judiciária gratuita em casos específicos dispostos em lei; recorrer independentemente do Ministério Público, entre outros. Há, ainda, a peculiaridade da não obrigatoriedade de constituição de advogado para representar os seus interesses, de modo a se admitir o leigo como assistente da acusação⁹³.

No que concerne ao sistema alemão, Claus Roxin reputa adequados todos os

⁸⁸ JUY-BIRMANN, Rudolphe. **O sistema alemão**. In: DELMAS-MARTY Marielle (org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.15-16.

⁸⁹ CAMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.313.

⁹⁰ JUY-BIRMANN, Rudolphe. **O sistema alemão**. In: DELMAS-MARTY Marielle (org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.15-16.

⁹¹ A previsão do recurso contra promoção de arquivamento, como direito de participação da vítima, é igualmente contemplada pela legislação espanhola (art. 12, 2) e portuguesa (art. 278º e 287, 1, b, CPP).

⁹² JUY-BIRMANN, Rudolphe. **O sistema alemão**. In: DELMAS-MARTY Marielle (org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 16.

⁹³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 316-319.

dispositivos voltados à reparação do dano, inclusive a ampliação das hipóteses de autorização para o processo de adesão. Presume, contudo, que a ampliação dos poderes da vítima assistente seria um retrocesso político criminal baseado na facilitação dos seus desejos de vingança, notadamente no que diz respeito à obrigação do acusado vencido na ação penal ser responsável pelo pagamento dos honorários do advogado da vítima⁹⁴.

Fabiola Moran, entretanto, nega esse argumento:

Discorda-se, contudo, dessa postura, uma vez que a intervenção no processo traz consigo despesas, as quais se acumulam aos prejuízos já sofridos pela vítima. Negar a restituição dos valores despendidos à vítima, portanto, pode representar uma nova forma de vitimização. Da mesma forma com que um prejuízo, na área cível, é cobrado em juízo, sujeitando a parte vencida a custear as despesas inerentes à sucumbência, não se vislumbra motivo pelo qual tal providência não se mostraria devida no âmbito do processo penal. Há que se verificar, apenas, uma limitação para esses valores, sob pena dessa medida de efetiva responsabilização se tornar um impeditivo para a ressocialização do autor do delito.

A busca do equilíbrio e da paridade de armas entre acusação e defesa são sempre objetivos a serem perseguidos pelo Legislador, assim como pelo intérprete do Direito. Não se pode afirmar, nesse sentido, que o único intento da intervenção da vítima no processo penal se circunscreva à vingança, notadamente porque a aplicação da lei penal diz respeito à sua necessidade de reafirmação, sempre restrita a um limite mínimo e máximo previstos em seu preceito secundário. A tutela suficiente, enquanto reflexo da função preventiva positiva integradora, consiste na expressão máxima da justiça, de modo que não pode ser vedado à vítima agir para a obtenção de uma pena verdadeiramente proporcional, ainda que superior à fixada pelo primeiro grau de jurisdição⁹⁵.

Sobre o reembolso das despesas decorrentes da intervenção no processo, a legislação portuguesa garante esse direito à vítima em seu artigo 14⁹⁶. O Estatuto espanhol, por sua vez, prevê o direito de preferência à vítima no pagamento pelas custas e gastos decorrentes da intervenção no processo⁹⁷.

É incontroverso que a vítima tem o legítimo interesse reparatório que fundamenta sua intervenção no processo e, muitas vezes, para atingi-lo, pode e deve suprir eventuais limitações por parte do órgão acusatório. Essa forma de participação, todavia, somente se mostra possível

⁹⁴ ROXIN, Claus. **Pena y reparacion**. ADPCP, V. LIII, p. 5-15, 1999.

⁹⁵ MORAN, Fabiola. **Ingerência Penal & proteção integral à vítima**. 1ª Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 188.

⁹⁶ PORTUGAL Lei 130, de 04 de setembro de 2015. **Estatuto da Vítima**.

⁹⁷ Reembolso de gastos. La víctima que haya participado en el proceso tendrá derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferenc respecto del pago de los gastos que se hubieran causado al Estado. ESPANHA Ley 4/2015, de 27 de abril. **Estatuto de la víctima del delito**.

e real diante da efetiva concretização de meios para tanto. É nessa medida que as legislações portuguesa, espanhola e alemã estabelecem, para determinados delitos, a assistência judiciária gratuita, como forma de materialização do amplo acesso à Justiça às vítimas de crime. A lei espanhola, assim como a alemã, prevê esse direito no artigo 16, demonstrando o efetivo compromisso em reconhecer a vítima como sujeito de direitos⁹⁸.

A obrigação de reparar os danos decorrentes do crime baseia-se na responsabilização do autor do delito, o qual ao ser declarado responsável pelo evento lesivo por uma sentença condenatória, deve arcar com os prejuízos provocados e providenciar a correspondente indenização à vítima. Na legislação alemã, a *Wiedergutmachung* (reparação do dano) ganha função fundamentadora de promoção de arquivamento por parte do Ministério Público, vislumbrando-se na solução consensual um fator mitigador do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Claus Roxin enxerga a reparação do dano, nesta concepção, como verdadeira sanção autônoma:

Sua autonomia reside no fato de que esta não é imposta ao autor de forma que somente lhe permita aceitá-la e suportá-la com resignação. Pelo contrário: ele próprio deve assumir a responsabilidade e colaborar ativamente para restabelecer a paz social perturbada.

[...] aos crimes sem dano real, pode ser cominada uma reparação simbólica destinada a um fundo de compensação às vítimas, cujos recursos seriam destinados às vítimas sem recursos, que não foram capazes de obter a devida indenização pelos prejuízos sofridos.⁹⁹

Finalizando, deve-se ressaltar um aspecto singular na legislação espanhola sobre a aplicação da "Justiça Restaurativa" como reconhecimento de uma Política Criminal compensatória, zelando pelos interesses da vítima. Para tanto, prescreve os princípios básicos restauradores, impondo para a sua aplicação: a) a obrigatoriedade de reconhecimento dos fatos essenciais dos quais se derivam a sua responsabilidade; b) que haja o consentimento de ambas as partes envolvidas; c) que o procedimento não implique risco à segurança da vítima ou revele potencialidade desencadeadora de novos prejuízos morais ou materiais à vítimas e, por fim; d)

⁹⁸ Justicia gratuita. *Las víctimas podrán presentar sus solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el funcionario o autoridad que les facilite la información [...]*. ESPANHA. Ley n° 4/2015, de 27 de abril. **Estatuto de la víctima del delito.**

⁹⁹ ROXIN, Claus. **Pena y reparación.** ADPCP, v. LII, 1999, p. 12.

a sua aplicação apenas para os delitos em que haja autorização legal (art. 15)¹⁰⁰.

A reparação do dano assume, da mesma maneira, o caráter satisfativo das necessidades decorrentes da vitimização quando cominada no bojo da sentença penal condenatória, eis que as respostas consensuais não são permitidas em todas as espécies delitivas, em quaisquer das legislações analisadas. Assim, verificada a insolvência do autor do delito, compete ao Estado a reparação desses danos, com fundamento no princípio da solidariedade. O crime, antes de tudo, significa uma falha no dever do Estado de promover a segurança, razão pela qual a insuficiência de recursos por parte do sentenciado não deve ser justificativa para assunção exclusiva do prejuízo por parte da vítima.

Nessa perspectiva, a Espanha, com a promulgação da Lei nº 35/1995, estabeleceu um sistema de "ajudas públicas" às vítimas de delitos dolosos e violentos, assim definidos como aqueles que tenham resultado morte, lesões graves ou danos graves à saúde física ou mental¹⁰¹. Não obstante, condiciona a concessão do benefício à vítima cujo comportamento não tenha contribuído direta ou indiretamente no cometimento do delito, ou agravamento dos seus prejuízos.

Portugal, em contrapartida, reconhece o direito à indenização estatal para as vítimas de crimes violentos e de violência doméstica, que tenham resultado lesão determinante de incapacidade permanente ou temporária e absoluta para o trabalho por mais de trinta dias (requisito este dispensável nos crimes sexuais ou contra menores) e que tenham causado perturbação considerável no nível e qualidade de vida da vítima. No caso de morte da vítima, exige aos seus familiares a comprovação de impossibilidade de obtenção da indenização em sede de execução da sentença condenatória¹⁰².

Assim, tais direitos brevemente trazidos pelo direito comparado podem influenciar para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, sem se negar, contudo, a possibilidade, desde já, de reconhecimento de alguns destes direitos, como veremos, em decorrência do princípio da dignidade humana.

¹⁰⁰ ESPANHA. Ley nº 4/2015, de 27 de abril. **Estatuto de la víctima del delito.**

¹⁰¹ ESPANHA. Ley nº 35/1995, de 11 de dezembro. **De ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.**

¹⁰² PORTUGAL. Lei nº 104, de 14 de setembro de 2009. **Aprova o regime de concessão de indenização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica.**

1.4. A valorização da vítima com a Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal brasileira indica, logo em seu preâmbulo, a reunião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 com vistas à instituição de um Estado Democrático, comprometido interna e internacionalmente com a solução pacífica das controvérsias, assim como destinado a proporcionar o exercício dos direitos individuais e sociais em uma sociedade pluralista e desprovida de preconceitos, alicerçada na harmonia social¹⁰³.

Seguindo tendência internacional, o artigo 245 da Constituição Federal prevê a criação do auxílio para as vítimas indiretas da prática delitiva, hipóteses em que incumbirá ao Poder Público dar assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, não ignorada a responsabilidade civil do autor do ilícito - sendo este o primeiro comando constitucional específico destinado às vítimas de crime, desse artigo decorrem várias iniciativas legislativas e medidas do poder executivo, incluindo as próprias reformas do Código de Processo Penal.

Trata-se de norma de eficácia limitada, a qual não foi regulamentada até a presente data. Assim, visando conferir efetividade a comando constitucional, foram propostos na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei 3.503/2004, 1.692/2015¹⁰⁴ e, no Senado Federal, o Projeto de Lei 1.242/2019¹⁰⁵, deduzindo situações em que a vítima direta tenha falecido ou possua dependentes, estabelecendo o prazo de cinco anos para receber o benefício, no caso de prática de crimes dolosos ou atos infracionais.

No tocando ao mandamento constitucional, Antônio Scarance Fernandes indica a opção da Constituinte de atribuir maiores prerrogativas às vítimas de crime¹⁰⁶. Em artigo escrito em coautoria com Oswaldo Duek Marques, defendem que os fundamentos para a criação dos fundos de compensação pelo Estado dos danos resultantes de do crime são: 1) a compensação por parte do Estado deriva da moderna ideia de seguro estatal e da centralização das funções do Estado Moderno; 2) o Estado, ao proibir a vingança privada, passou a ter como uma de suas

¹⁰³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=252323>

¹⁰⁵ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135520>

¹⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo. Malheiros, 1995, p. 129.

principais funções a defesa e a segurança dos cidadãos, que tem direito à preservação da vida, da honra e de seus bens, decorre então a obrigação do Estado compensar e indenizar aqueles que sofreram em decorrência da falha na prestação dos serviços de segurança e defesa; 3) há um interesse público que a vítima do crime obtenha integral reparação de seus danos, seja porque, de forma mediata, são geralmente atingido os familiares, seja porque ela normalmente representa força útil de trabalho e produção atual ou futura; 4) não basta prever a reparação pelo autor do crime porque muitas vezes a autoria não é descoberta, ou ele não é acusado, ou é insolvente, ou a sentença demora demais para ser proferida¹⁰⁷.

Referidos autores destacam que os fundos ou sistemas estatais de reparação já foram implementados na Nova Zelândia, Itália, França, Inglaterra, Irlanda do Norte, Canadá, Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda e Finlândia¹⁰⁸. Sobre a importância do papel do Estado na reparação do dano, destacam:

Várias legislações antigas, como o Código de Hammurabi (século XII a.C), as leis de Israel e a Lei das XII Tábuas conheceram a reparação do dano, que antecedeu, não só as penas aflictivas, como também as privativas de liberdade. No passado, a reparação do dano ou composição substituiu a vingança privada, que gerava conflitos infundáveis entre grupos e famílias, enfraquecendo a comunidade. O pagamento do dano causado substituiria o que Erich Fromm denomina de destrutividade vingativa, reflexo de uma reação espontânea a uma injustiça ou sofrimento não justificado infligido a membros de determinados grupos. No século V, com a queda do Império Romano do Ocidente, os povos germanos trouxeram para a Europa Ocidente a prática de **Vehrgeld** (de **vehr** – defesa; **geld** – dinheiro), que consistia no pagamento de uma quantia à vítima ou aos seus parentes pelo culpado do delito. Era o chamado preço do homem, que, não sendo pago, certamente conduziria a um conflito entre as famílias da vítima e do culpado. [...] os germanos também trouxeram para o ocidente o duelo judiciário, que era o combate ordenado pelos juízes entre o acusador e o acusado, onde o vencido era considerado culpado. Uma das primeiras obras da literatura francesa, o poema épico “*Chanson de Roland*”, escrito no século XI, descreve o cunho religioso do duelo judiciário, chamando-se também de julgamento de Deus [...] A reparação do dano não encontrou lugar na fase da vingança privada, quando o castigo imposto ao culpado não buscava satisfazer à vítima, mas sim à divindade, através de uma justiça de cunho sacerdotal. A pena era uma resposta ao “pecado mortal”. Com a vingança pública, o Direito Penal conheceu o apogeu do arbítrio e da desumanidade das penas impostas, sendo que tal situação apenas se modificou no século XVIII com o movimento Iluminista, culminando na Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁰⁹.

¹⁰⁷ FERNANDES, Antônio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima**. *Justitia*. São Paulo, v. 53, n. 156, p. 30, out/dez 1991, p.29.

¹⁰⁸ FERNANDES, Antônio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima**. *Justitia*. São Paulo, v. 53, n. 156, p. 30, out/dez 1991, p. 30.

¹⁰⁹ FERNANDES, Antônio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima**. *Justitia*. São Paulo, v. 53, n. 156, out/dez 1991, p. 25-27.

Além disso, vemos a constituinte inovando o ordenamento jurídico, prestigiando a vítima em vários de seus artigos. Eleva a *status* constitucional, sob a forma de direitos e garantias fundamentais, a obrigação do criminoso de reparar o dano civil *ex delicto* à vítima (art. 5º, inciso XLV) e o direito à ação penal de iniciativa privada subsidiária (art. 5º, inciso LIX), determina a criação, na forma de lei ordinária, da justiça penal consensual, para infrações de pequeno potencial ofensivo (art. 98, I); criando novos espaços de consenso, prestigiando a reparação da vítima.

Após isso, percebe-se o aumento da importância da vítima nas legislações infraconstitucionais. O primeiro marco legal significativo foi no ano de 1995, Lei 9.099, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, obedecendo ao mandamento constitucional, regulamentou o art. 98, da Constituição Federal.

Embora restrito a infrações de baixa lesividade, é verdade que o rito dos Juizados oportuniza à vítima, a possibilidade, durante audiência preliminar, de celebrar composição civil de danos decorrentes do ilícito penal com o autor do fato, acordo esse que, uma vez homologado judicialmente na própria audiência, constitui título judicial em favor da vítima (art. 74, caput). Esse mesmo acordo, em não sendo infração de ação penal pública incondicionada, passou a ensejar a extinção da punibilidade, em prol do autor (art. 74, p.u). Ou seja, reparada a satisfação da vítima, o Estado sequer processa o indivíduo, respeitando o poder de disposição da vítima.

A Lei 9.099/95 foi inspirada em um modelo de justiça consensual, com a finalidade de reparar danos e diminuir os números do cárcere no país, afastando a sistemática do excesso de repreensão estatal. Assim, acabou inovando o sistema jurídico brasileiro, inserindo a vítima num papel importante para a resolução da lide criminal, incentivando as partes - ofensor e vítima, a transacionem, ou seja, para que juntos encontrem a solução do conflito penal em si.

Além disso, outros institutos a se destacar, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, realçam dois dos objetivos da Lei no 9.099/95: a não aplicação da pena privativa de liberdade e a reparação dos danos à vítima.

Guilherme Costa Câmara¹¹⁰ conclui que o sistema criado pela Lei no 9.099/95 constitui um importante modelo que, congregando os procedimentos de mediação e conciliação,

¹¹⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

abordam um equacionamento participativo e comunicativo da resolução das hostilidades entre os protagonistas do delito, sob o controle judicial, não se tratando de um modelo de justiça privada, e sim de Justiça Restaurativa moderada.

Nesse sentido, Alline Pedra Jorge¹¹¹ também destaca a importância desse dispositivo legal que, além de firmar o postulado de que a medida repressiva da pena privativa de liberdade deve se aplicar necessariamente aos casos de crimes mais graves, ocupa-se, em primeiro plano, com o atendimento à vítima, mediante a reparação dos danos por ela sofridos.

Nesse sentido, é priorizada a vítima como sujeito de direito na persecução criminal, sendo reconhecido o direito à participação direta e efetiva em todo o procedimento e processo criminal, afastando a desnecessária aplicação da pena privativa de liberdade aos infratores de crimes de pequeno potencial ofensivo.

Tanto é verdade que vários dispositivos da Lei no 9.099/95 dispõem sobre a reparação dos danos e sempre que alcançável, busca a integração da vítima ao processo e a restauração de sua situação anterior. Empenha-se inicialmente, na realização da conciliação entre as partes, e se caso restar infrutífera, opta-se pela aplicação de uma pena não privativa de liberdade, preferencialmente a prestação de pagamento pecuniário à vítima.

Nesse sentido são as palavras de Alline Pedra Jorge:

A justiça consensual proposta pela Lei dos Juizados Especiais é de extrema valia para a vítima, possibilitando-lhe demonstrar e obter seu direito ao ressarcimento dos danos causados pelo delito. Esta coloca a vítima em posição de destaque, de parte que deve ser intimada de todos os atos, e de agente do Estado na missão maior de restabelecer a paz social. [...] Não é porque o conflito precisa de uma solução que esta deve ser de natureza penal, e a proposta da Lei dos Juizados Especiais Criminais é diferente neste sentido, tendo em vista procurar inicialmente a composição do dano da vítima¹¹².

Esse sentimento de satisfação dos interesses da vítima já veio expressa na Exposição de Motivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais:

Com efeito, a ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de

¹¹¹ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.18

¹¹² JORGE, Alline Pedra. **Em busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.100-101

discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas¹¹³.

Registre-se, ainda, que a Lei 9.099/95 alterou a ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa (art. 88), mantendo-a pública, mas condicionada à representação, o que aumentou de forma significativa o poder de disposição da vítima no Processo Penal, bem como previu o benefício da suspensão condicional do processo (*sursis* processual), elencando, dentre suas condições a reparação do dano civil *ex delicto* (art. 89, parágrafo, 1º, inciso I).

Apesar de inovadora, a Lei dos Juizados não foi unanimidade entre os doutrinadores. Alexandre Wunderlich faz críticas ao sistema consensual introduzido ao Brasil por meio da Lei no 9.099/95, afirmando a sua falência por suprimir direitos e garantias fundamentais do cidadão:

O discurso inicial veio orquestrado na satisfação da vítima e na autonomia da vontade das partes, mas produziu, em verdade, supressão de garantias. A lei no 9.099/95 deve ser revista em sua integralidade, quiçá, abolida. Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas¹¹⁴.

Em posição contrária, afirmando a constitucionalidade e defendendo a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei no 9.099/95, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

A Lei 9.099/95 não está presumindo culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, já que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a presunção de inocência. Esse diploma legal está apenas cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se ao processo tradicional, conservador, oneroso e desgastante, além de evitar eventual

¹¹³<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>

¹¹⁴ WUNDERLICH, Alexandre. **A vítima no processo penal** (impressões sobre o fracasso da lei 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de; ROSA, Alexandre morais da. *Novos Diálogos sobre juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 50-51

condenação, com suas consequências naturais¹¹⁵.

Verifica-se que os institutos penais despenalizadores são um avanço no sistema jurídico penal pátrio, pois, além de se coadunarem com a moderna justiça penal consensual, evitam que o autor do fato sofra as mazelas de um processo penal, com um desgaste físico e emocional considerável, bem como tenha afetada sua dignidade humana. Demais disso, tais institutos refletem uma maior preocupação com o principal afetado pela prática criminosa: a vítima.

Após 1995, surgiram outras leis ordinárias protetivas da vítima, embora de menor repercussão, por exemplo, a Lei 9.503/97 (*Código de Trânsito Brasileiro*), que instituiu a penalidade autônoma de multa reparatória, a ser aplicada em casos de danos materiais decorrentes de crimes de trânsito, a favor da vítima e de seus sucessores; A Lei 9.714/98 (*Lei das Penas Alternativas*), que deu nova redação ao inciso I, do artigo 43, e ao parágrafo 1º, do art. 48, ambos do Código Penal, criando a pena de prestação pecuniária, cujo valor deve ser revertido à vítima e seus dependentes; a Lei 9.807/99, que estabeleceu as bases para a implantação de programas estatais de proteção à vítima.

Nesse sentido, registre-se, também, a microrreforma do Código de Processo Penal de 2008, a Lei 11.690, que remodelou o artigo 201, elencando uma série de direitos à vítima e a Lei 11.719, que deu nova redação ao inciso IV, do artigo 387, impondo ao juiz, por ocasião da sentença, e fixação de valor mínimo para reparação dos danos.

Sob outra ótica, tratando de grupos de especial vulnerabilidade, vale relembrar o conceito de proteção integral inserido em nosso sistema por força de determinação prescrita no artigo 227 da Constituição Federal, baseando-se na obrigação de proteção e cuidado à criança, ao adolescente e ao jovem, compartilhada entre família, Estado e sociedade. Assim, em 13 de julho de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.069- Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Com a proposta de romper com a doutrina encampada pelo antigo Código Menorista, o ECA reconhece nas crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direitos, enquanto seres humanos em desenvolvimento, garantindo, ainda, o direito à prioridade na implementação de seus direitos e garantias fundamentais.

A proteção integral consiste, pois, na reafirmação dos direitos já garantidos

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55.

constitucionalmente a todo ser humano, com o acréscimo das medidas protetivas, assistenciais e de prioridade reconhecidas pela legislação especial. Assim, não basta uma tutela mínima ao grupo das crianças e adolescente; deve haver uma tutela suficiente, consistente em ações positivas destinadas a assegurar-lhe o amplo desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Evidenciando-se, por meio desse novo Estatuto, a preocupação do legislador em reforçar o sistema de proteção integral concebido, posiciona-se Annunziata Alves Iulianello:

Pode-se afirmar, inclusive, que a preocupação em se criar um verdadeiro sistema de proteção fica ainda mais evidente com base no que dispõe o art. 6º, parágrafo único, da Lei 13.431/17, o qual determina a aplicação das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Lei Maria da Penha aos casos omissos, com o escopo de tornar efetiva a proteção integral¹¹⁶.

Nesse sentido, mesmo considerando a família a base da sociedade e já tendo reconhecido a igualdade entre homens e mulheres, princípios explícitos na Constituição Federal, somente após ser condenado em 2001 pela Organização dos Estados Americanos (OEA) por negligência em adotar medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar no caso protagonizado por Maria da Penha, o Brasil publicou a Lei n. 11.340/2006 – a qual foi sancionada com o nome de uma vítima de inúmeras e sucessivas violências sofridas durante o período de relacionamento como o ex-marido, chegando a ficar paraplégica em virtude das lesões sofridas.

A Lei n. 11.340/2006 surge como uma resposta do Estado para compensar as desigualdades entre homens e mulheres, de maneira que descreve uma relação de medidas a serem adotadas pelos órgãos públicos para a efetivação dos direitos dela decorrentes, enfrentando, por conseguinte, a violência doméstica e familiar contra a mulher. Inaugurou um novo paradigma de tratamento da violência ocorrida no âmbito das relações familiares, abandonando o antigo status de problema privado para assumir sua feição pública, de ordem criminal.

Essa lei conceitua o que é violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme caput do artigo 5º, como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. No artigo 7º a Lei

¹¹⁶ JULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento especial: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 183-184.

descreve, exemplificativamente, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, cujo inciso I define: “a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”.

Sobre essa matéria, ressalta Silvia Chakian:

No ordenamento jurídico nacional, a Lei Maria da Penha representa o rompimento do paradigma de tolerância à violência doméstica que sempre prevaleceu no país, contemplando um sistema multidisciplinar integrado de proteção da mulher em situação de violência, bem como de seus dependentes. O legislador define a discriminação e a violência de gênero como uma forma de violação aos direitos humanos, o que legitima ainda mais o Estado brasileiro a coibir, reprimir e prevenir sua prática, quer tenha sido praticada na esfera pública, quer tenha ocorrido na esfera privada¹¹⁷.

Decorrência prática dessa Lei, recentemente firmou-se tese em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça que prestigia ainda mais a vítima: *“Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória”*.

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos **princípios da dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III), da **igualdade** (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações; (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n.11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

¹¹⁷ CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres**. Histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 263.

3. **A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima**, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. (REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)¹¹⁸.

Por fim, em relação aos vulneráveis, o grupo composto por idosos, também é protegido por seu estatuto próprio. Por meio da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, garante-se aos idosos, com absoluta prioridade, o "atendimento preferencial imediato e individualizado junto

¹¹⁸ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/554473137/recurso-especial-resp-1643051-ms-2016-0325967-4>

aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população", dentre os quais se encontram inseridas as serventias judiciárias. Estabelece-se, igualmente, como "dever de todos" - família, sociedade e Estado – a prevenção de ameaça ou violação aos direitos dos idosos, aparecendo como política de atendimento, o dever ao Poder Público de criação de serviços destinados à proteção e à prevenção vitimária de idosos ameaçados ou vitimados por maus tratos, exploração, abuso, crueldade ou opressão.

Em relação ao microssistema de proteção aos vulneráveis, conclui Fabíola Moran:

A análise, ainda que breve, de todos esses microssistemas permite a conclusão no sentido de que guardam em comum os seguintes pontos, que distinguem sua orientação para a proteção integral: a) reconhecimento de direitos fundamentais e garantias além do ordinariamente previsto pelo texto constitucional; b) reafirmação da vulnerabilidade de certos grupos específicos, aos quais se passa a atribuir a qualidade de sujeitos de direitos dependentes de maior proteção; c) admissão da existência de déficit estatal na implementação desses direitos; d) trabalho em rede multidisciplinar; e) orientação de trabalho voltado à prevenção vitimária; f) reconhecimento do dever estatal de proteção suficiente, mediante a cominação de penas proporcionais à violação desses direitos; e g) orientação aos órgãos públicos no sentido do impedimento da vitimização secundária¹¹⁹.

No que tange à legislação mais recente, temos a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), na qual foi introduzido ao Código de Processo Penal o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, inovação disposta no art. 28-A do referido diploma. Trata-se de um modelo de justiça penal negociada, que abrange crimes de médio potencial ofensivo, quase todos delitos patrimoniais, e que exige como primeiro requisito para celebração do acordo, a reparação do dano à vítima.

Além disso, a novel legislação introduziu importantes mecanismos de informação e participação da vítima, determinando ao Ministério Público a obrigatoriedade de comunicação da vítima em caso de arquivamento de inquérito policial ou de elementos de informação da mesma natureza. Além de permitir uma aproximação entre o Promotor de Justiça e a vítima do crime, possibilitando a ciência das investigações empreendidas e motivos da cessação da persecução penal, cria-se a oportunidade de impugnação da decisão Ministerial de não oferecimento da denúncia.

Como corolário do direito de participação, a vítima ou mesmo o seu representante legal

¹¹⁹ MORAN, Fabíola. **Ingerência Penal & proteção integral à vítima**. 1ª Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 210.

podem, no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento da comunicação do arquivamento do inquérito policial, submeter suas razões de inconformismo, via recurso administrativo, à instância competente do órgão ministerial.

Ainda que se trate de legislação recente, pendente de regulamentação e uniformização nacional entre os Ministérios Públicos estaduais e federal, entende-se que a atribuição exclusiva para a análise do referido recurso administrativo pertence ao Procurador-Geral de Justiça, gestor último da política criminal-institucional. Isso porque, uma vez suprimido o controle judicial anômalo dos arquivamentos de inquéritos policiais por parte do Poder Judiciário, caberia consequentemente a tarefa homologatória às Câmaras Revisoras, nos exatos termos do artigo 62, IV, da Lei Complementar n° 75/93. Assim, em havendo recurso do ofendido contra a decisão homologatória do arquivamento, deverá o Procurador-Geral de Justiça decidir pela sua manutenção, ou pela designação de outro membro para oferecimento denúncia, em resguardo da independência funcional¹²⁰.

Avanço teremos na legislação pátria caso aprovado o Projeto de Lei n. 3890/2020 que altera o Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, proposto pelo Deputado Ruy Falcão, instituindo o “Estatuto da Vítima”, que está tramitando na Câmara dos Deputados¹²¹, com o intuito de defender os interesses de quem sofre diretamente danos físicos, emocionais ou econômicos ao ser vítima de crimes, desastres naturais ou epidemias.

Conforme consta na justificativa anexada ao Projeto de Lei, o texto apresentado é fruto de Grupo de Trabalho desenvolvido no âmbito de linha de pesquisa de proteção à vítima dentro da Escola Superior do Ministério Público paulista, sendo que os antecedentes e os fundamentos remotos deste Estatuto encontram-se no Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos - Projeto Avarc, com atuação inicial no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo e prolongamento para outras instituições estatais e sociais. A inclusão, a restauração dos efeitos causados por fenômenos naturais e delitivos dentro de uma lógica de acolhimento e inclusão social permite o reconhecimento de direitos, tais como concessão de

¹²⁰ Vale registrar que a nova redação do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal, por ora, teve sua eficácia suspensa por decisão proferida pelo Min. Luiz Fux, na ADI 6298 MC/DF, sob o argumento de que a mudança na forma de arquivamento dos inquéritos policiais viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira do Ministério Público (Artigo 127, Constituição), por desconsiderar os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do *parquet*.

¹²¹ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2258347>.

auxílios governamentais, de entidades que compõem a sociedade civil e seus membros.

Portanto, o Estatuto deseja, com base no reconhecimento da dignidade das vítimas, implementar direitos, garantindo o acesso efetivo e integrado de serviços públicos essenciais. Pretende-se reconhecer o papel da vítima e trazer novos caminhos para uma justiça participativa e restaurativa. A esse respeito, Celeste Leite dos Santos, coordenadora do anteprojeto de lei do “Estatuto da Vítima”, esclarece que

"o acesso à justiça não se dá apenas pela via judicial e seu caráter eminentemente repressivo, mas também fornecendo outros meios que permitam o atendimento às finalidades restaurativas, reparadoras, preventivas gerais e específicas das sanções penais. (...) A sistemática atual de acolhimento de vítimas de crimes viola a dignidade da pessoa humana, supraprincípio que informa e condiciona todos os demais princípios previstos na CF, permitindo a vida em sociedade"¹²².

Alguma tutela, todavia, já existe no processo penal brasileiro e, embora represente em avanço em relação ao histórico esquecimento da vítima, ainda se mostra insuficiente para evitar a vitimização secundária, uma vez que, diante da excessiva preocupação do Estado em colher informações da prática do delito para punir o autor, carece de atenção os verdadeiros anseios das vítimas na solução do conflito. Às vezes, suas vontades são nitidamente ignoradas e são tratadas como mera testemunha, naqueles crimes em que o seu depoimento é indispensável¹²³, desestimulando a notificação às autoridades, incrementando a chamada “cifra oculta”.

Apesar de constar na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, da ONU (Resolução 40/34, de 29.11.1985), em seu anexo, art. 4º –*victims should be treated with compassion and respect for their dignity (Em livre tradução nossa: —As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade)*, a legislação brasileira não prevê nenhum dispositivo específico quanto ao reconhecimento do tratamento respeitoso que deve ser dispensado a vítima, porém, convém lembrar que o projeto do novo Código de Processo Penal - PL 8045/2010¹²⁴ - já aprovado no

¹²² SANTOS, Celeste Leite Dos. **Injusto Penal e os Direitos da Vítima de Crimes**. São Paulo: Juruá, 2020, p. 37

¹²³ As vítimas “[...] podem esperar ser os clientes do promotor, mas logo aprendem que a vítima do registro é o Estado, e elas tem pouco controle sobre o desenrolar do julgamento. O papel exclusivo delas é de servir como testemunha da acusação.” (KOSS, Mary P. et al. Resposta da comunidade: ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais pela colaboração da advocacia, da promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa restore. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005. p. 355)

¹²⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

Senado Federal, que tramita na Câmara dos Deputados, o qual visa instituir um novo código processual, e confere expressamente à vítima, em seu art. 91, inciso I, — o direito de ser tratada com dignidade e respeito.

Aliás, o projeto do novo Código, além de modernizar a legislação, tem a pretensão de ser mais eficiente e harmônico com os tempos atuais, sendo que uma das suas principais inovações é a criação de um capítulo específico para assegurar os direitos da vítima, sistematizando alguns já previstos em legislações esparsas, e estabelecendo novos, visando satisfazer minimamente os interesses dos ofendidos¹²⁵. Em um rol extensivo, reconhece uma série de direitos e objetivos que, há muito, a vitimologia e o Direito comparado, comprometidos com as causas das vítimas e dos direitos humanos, reclamam, como a necessidade de comunicação dos atos processuais e a necessidade de receber assistência, compreendida esta

¹²⁵ São direitos assegurados a vítima, entre outros (art. 91 do Projeto de Lei 8045/2012):

- I - ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;
- II - receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;
- III - ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;
- IV - reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;
- V - ser comunicada (por via postal ou endereço eletrônico cadastrado): a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime; b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia; c) do eventual arquivamento da investigação; d) da condenação ou absolvição do acusado;
- VI - obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;
- VII - ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal (permite que a vítima, por simples adesão, possa obter a condenação do autor na recomposição civil dos danos morais já no próprio processo penal) e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;
- VIII - prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;
- IX - ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada ordem prevista no caput do art. 276;
- X - peticionar às autoridades públicas para se informar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;
- XI - obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;
- XI - intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;
- XIII - receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;
- XIV - receber assistência financeira do poder público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;
- XV - ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;
- XVI - obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores;

como experiência a ser oferecida por diversos campos de atuação: financeiro, médico, psicológico, social etc.

A insatisfação da vítima com o atual sistema vigente é visivelmente representada pelo alto índice de subnotificação, prejudicando inclusive o incremento das políticas públicas efetivas, já que o Estado tem acesso a dados incompatíveis com a realidade. Além disso, a vítima é uma instância de controle e interfere diretamente na legitimação da atuação estatal na esfera criminal, logo deveria ter papel fundamental para o estudo de qualquer sistema de justiça¹²⁶.

1.5. A vítima de crime como orientadora de políticas criminais

Políticas públicas são as estratégias que o Estado adota para tentar alcançar o bem-estar dos seus cidadãos. A partir do surgimento de problemas sociais relevantes, o Estado necessita estruturar sua atuação, escolhendo a solução que melhor se adeque ao problema apresentado. No âmbito criminal, isto não é diferente. São elaboradas ações, sustentadas por objetivos declarados. A política criminal tem como objetivo propor os “[...] métodos adequados, no sentido social, para a luta contra o delito, ou seja, a missão social do direito penal.”¹²⁷ Há, contudo, um enfrentamento entre dois posicionamentos com relação à funcionalidade dos aparelhos estatais: o movimento “eficientista” e o movimento “garantista”.¹²⁸

O movimento “eficientista” prega a necessidade de se alcançar uma maior eficiência no trato da questão penal, havendo uma proposta de racionalização e de menor congestionamento das vias utilizadas pelas instâncias formais de controle. A atuação do Estado deveria ser mais ponderada, a fim de proporcionar uma ação pontual e eficiente.

O movimento “garantista”, por sua vez, entende que o Direito Penal, amplamente considerado, deve ter a função de instrumento de defesa social dos interesses do acusado e da

¹²⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 89-90 e RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología: estudio de la víctima*. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 378 -383

¹²⁷ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 29.

¹²⁸ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 10-11.

vítima e também deve servir de instrumento de defesa e limite contra as interferências do poder estatal no âmbito penal. A atuação do Estado deve estar submetida às previsões constitucionais que asseguram direitos, garantias e liberdades individuais.

Os autores Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes, em uma obra coletiva, ressaltam que na Administração Pública, a ideia de eficiência liga-se ao *bom uso dos meios ou recursos disponíveis, para se atingir um determinado resultado, previamente desejado*, enquanto a eficácia prende-se ao atingimento de determinados fins. Complementam os autores, esclarecendo que eficiência e eficácia são caminhos necessários na busca da efetividade, ou seja, o resultado verdadeiro, concreto e empírico¹²⁹.

No Direito Penal, no entanto, os conceitos de eficiência e eficácia são facilmente identificáveis, de acordo com a finalidade do processo almejada (instrumental; garantia contra o arbítrio Estatal ou conjunto de instrumentos e procedimentos assecuratórios dos direitos e garantias das partes dentro de um processo justo). A efetividade, no entanto, que é o próprio atingimento do resultado verdadeiro¹³⁰, apresenta-se na área do direito, especialmente o processual penal, como conceitos vagos: paz social; vigência do estado de direito ou segurança pública, preservação da dignidade humana¹³¹.

O melhor entendimento parece ser, portanto, aquele que prega que o desenvolvimento das políticas criminais deve respeitar as ideias de ambos os movimentos, ou seja, as políticas públicas no âmbito criminal devem refletir um efficientismo que garante uma maior funcionalidade para aquilo que se deseja alcançar com a política estatal, pautando-se pela análise da escolha racional, pelo equilíbrio e por critérios de eficiência, efetividade e eficácia, paradigmas naturais na prestação do serviço público, bem como deve respeitar e instituir as garantias que tradicionalmente estão previstas para o tratamento das questões penais. Deve haver um equilíbrio entre a eficiência da política pública e o respeito às garantias dos indivíduos, sendo plenamente compatíveis.

¹²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. In: Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

¹³⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 113.

¹³¹ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. In: Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

Nesse caminho, o impacto do movimento vitimológico trouxe um novo bem alçado à proteção jurídico-penal: a necessidade de valorização da vítima. No Direito Penal isso ocorre sob dois enfoques principais, um relacionado à vitimodogmática, vinculado às consequências do comportamento da vítima na análise da culpabilidade do réu, e outro relacionado aos reflexos da opção de uma política criminal centrada na reparação à vítima¹³². O segundo desdobramento é o que mais interessa para o presente estudo.

É preciso que se valorize a vítima, integrando-a ao processo de resolução dos conflitos penais, a fim de que se possa estimular a sua maior participação. Parece que uma alternativa viável para isso é a implementação de programas político-criminais orientados para a vítima de crime, composto de duas esferas de atuação: uma de cunho restitutivo reparatório-restaurador orientada para as vítimas reais e outra com estratégias preventivas focando as vítimas potenciais.¹³³

A discussão sobre o tema da reparação do dano causado pelo crime tem se concentrado na sua natureza político-criminal. São essencialmente três opções: a reparação como composição privada do conflito; reparação como terceira via, junto com as penas privativa de liberdade e de multa; e a reparação como um novo fim da pena, a ser alcançada através de prestações compensatórias do direito civil.¹³⁴

Neste sentido, Guilherme Costa Câmara reflete que a reparação da vítima:

[...] harmoniza-se, portanto, com os fins da pena, tanto sob a perspectiva de prevenção especial – o acordo entre a vítima e o desviante mostrar-se-ia construtivo na medida em que o instiga a enfrentar as consequências sociais do seu ato e, desse modo, colabora para a sua ressocialização –; como de prevenção geral positiva, na dimensão em que favorece a confirmação da validade da norma e a restauração da paz jurídica¹³⁵.

É importante consignar que não se deve restringir a reparação do dano ao plano

¹³² OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 130-131.

¹³³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 105 e 111

¹³⁴ ROXIN, Claus. **La reparación no sistema de lós fines de la pena**. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 141 e HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 59

¹³⁵ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 222.

pecuniário, pois pensar que a reparação da vítima deve se concentrar apenas nos prejuízos financeiros sofridos poderá gerar um sentimento que amesquinha e “privatiza” qualquer prática de mediação. É preciso que se considere como primordial a ideia de reparação simbólica, o que significa a inclusão dos sujeitos envolvidos na resolução do conflito e a responsabilização do acusado.¹³⁶

Argumentar a valorização da vítima no sistema penal, criando medidas voltadas a proporcionar uma maior satisfação de seus interesses, pode subsidiar a discórdia com os defensores aguerridos dos direitos dos acusados. Entretanto, defendendo-se a política da inclusão, vislumbrando o cenário da maior participação e reparação dos danos à vítima, questionando as finalidades da pena e indicando novas medidas para satisfazê-la, sem que isso represente a mutilação dos direitos e garantias dos acusados.

Alline Pedra Jorge afirma que:

A intenção da participação da vítima na justiça criminal, e da sua interpretação como ser humano dotado de vida e de voz não surge na perspectiva de se prejudicar outros direitos, os do acusado, por exemplo. [...] Não se trata de substituir o respeito ao delincente exclusivamente pelo respeito à vítima¹³⁷.

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, reconhecida defensora da justiça restaurativa e processos circulares, argumenta a necessidade de uma política de inclusão adequada aos direitos e interesses das vítimas, que:

- a) a finalidade preventiva da pena não é cumprida de forma eficaz; cada delito cometido é a comprovação dessa ineficácia e as pesquisas de vitimização demonstraram que ela é maior do que supõem as instâncias formais de controle;
- b) os objetivos de prevenção especial tampouco são atendidos; surge a crise de legitimidade da pena privativa de liberdade, patentes seus efeitos criminógenos após o ocaso da ideologia de tratamento;
- c) a despersonalização do conflito é negativa tanto para o acusado como para a vítima; aquele é colocado diante de um representante do Estado com quem não tem qualquer espécie de relação ou compromisso, e esta fica impotente, pois não é nada mais que um mero repositório de informações;
- d) a vítima não recebe nenhuma espécie de compensação e, quando o autor é condenado ao pagamento de multa, o beneficiário é o Estado;
- e) ao ser colocada em uma posição periférica pelo sistema penal, a vítima, além de

¹³⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 53-54.

¹³⁷ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12

não receber qualquer benefício, padece os males da vitimização secundária.¹³⁸

Os programas punitivos que refletem apenas valores retributivos, enxergando a pena como um fim em si mesma, sem qualquer finalidade social ou, então, àqueles que pregam ideais ressocializadores, almejando a readaptação do criminoso, mas dispensando a reparação do dano, por entender inexigível socialmente, não mais se adequam à realidade atual¹³⁹. O ordenamento jurídico perturbado pelo delito somente será restabelecido quando se faz justiça para o autor e para a vítima¹⁴⁰.

Deste modo, o movimento de implementação de políticas criminais para valorização da vítima está diretamente relacionado à crise de legitimação do atual modelo penal fundado e, sanções repressivas e políticas de ressocialização¹⁴¹.

No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade afirma que:

Seguro parece, desde logo, que não pode continuar a pensar-se o espaço tradicional da política criminal pondo entre parêntesis o papel da vítima no processo da deviance, cada vez mais entendida em termos de interação. Parece, outrossim, líquido que a política criminal não pode circunscrever os seus esforços à maximização da conformidade, pelo lado do delinquente ou, em formulação mais convencional, à potenciação da prevenção da delinquência e da ressocialização do delinquente. Urge, pelo contrário, desenvolver uma política complementar, dirigida à ressocialização da vítima, à prevenção da vitimização e à socialização dos seus custos [...] Haverá, em conclusão, que atender à vítima como mediadora da política criminal e, convergentemente, fazer dela destinatária duma nova política criminal¹⁴².

A orientação de uma política criminal voltada à valorização da vítima deve pressupor um modelo penal para o qual se atribua à reparação a função de sanção penal, promovendo o combate à despersonalização do conflito e à sobrevitimização¹⁴³, sem, contudo, aderir aos

¹³⁸ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 128-129.

¹³⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 58.

¹⁴⁰ ESER, Albin. **Acerca del renacimiento de la víctima em el procedimiento penal**: tendencias nacionales e internacionales. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 30

¹⁴¹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 198.

¹⁴² ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 1980. p. 338.

¹⁴³ “Sobre vitimização que, conforme ficou evidenciado pela Pesquisa Nacional de Vitimização, é recorrente e “[...] com certa frequência, resulta mais negativa que a primária, causa um incremento no dano causado pelo delito,

discursos extremistas que disseminam a ideia de que a melhor forma de garantir os direitos às vítimas seria restringindo dos direitos dos criminosos.

Importante registrar ainda a necessidade de garantir a participação da vítima durante a persecução penal, pois o seu olvidamento durante o processo não traz a solução efetiva e global do conflito. Afinal, o delito gera consequências importantes na vida da vítima, a qual deseja esclarecer o ocorrido e receber a reparação condizente, que nem sempre será em termos monetários.

Programas de conciliação e mediação também já se mostraram eficientes como propostas de modelos penais que desencorajam o conflito de interesses entre as partes. A concepção da Justiça Restaurativa, baseada em um procedimento voluntário, dialógico e consensual, é também um instrumento plenamente eficaz na solução de conflitos penais¹⁴⁴.

Winfried Hassemer pondera que:

O direito processual penal gira em torno da vítima real de um fato punível. Deve ser oferecido a ela mais proteção, deve ser concedido a ela mais direito de ação e participação. Ela deve ser libertada da sua posição impotente no processo formalizado, onde ela deve observar, sem chances consideráveis de intervenção, a discussão ‘sobre sua’ causa por outros e podendo ainda ser interrompida à força por estes outros em razão de uma colaboração, em que ela – em qualquer caso desta forma – não tem interesse regular. Em vez disso, a vítima deve poder tomar nas mãos ‘sua’ causa e entrar, mesmo sob uma certa fiscalização estatal, em mediação com o suspeito do ato, em que ambos os participantes diretos no conflito, em um processo de aprendizagem mútuo, podem por em dia, tanto pessoalmente como também juridicamente, o problema deste fato punível¹⁴⁵.

Assim, feitas tais considerações e com objetivo de buscar solução para seu aprimoramento, aprofunda-se o estudo sobre a dignidade da pessoa humana e o direito à solução consensual do processo, melhor modelo de pacificação dos conflitos sociais.

ampliando a sua dimensão psicológica ou patrimonial. No contato com a administração da Justiça ou da Polícia, as vítimas experimentam, muitas vezes, o sentimento de estar perdendo o seu tempo ou mal gastando o seu dinheiro; outras sofrem incompreensões derivadas da excessiva burocratização do sistema ou, simplesmente, são ignoradas. Em alguns casos e com relação a determinados delitos, as vítimas são tratadas como acusados e sofrem a falta de tato ou a incredulidade de determinados profissionais.” (FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001. p. 170).

¹⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 333

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005. p. 121.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. O reconhecimento da vítima como sujeito de direitos

Somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida, expressamente, nas mais diversas Constituições, notadamente, após ter sido consagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948¹⁴⁶. Maria Coeli Nobre da Silva menciona que, levando-se em consideração o berço do postulado da dignidade da pessoa humana, é possível afirmar que está intimamente relacionado à vítima, pois “sem a vítima talvez a dignidade da pessoa humana não tivesse sido elevada ao patamar de maior princípio de direito”¹⁴⁷. Para embasar esta conclusão, a citada autora menciona um texto de Cármen Lúcia Antunes Rocha, nos seguintes termos:

Sem *Auschwitz*, talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio motriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao Poder. Como não se pode eliminar o poder da sociedade política, havia de se erigirem fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do poder, que tanto cria quanto destrói.¹⁴⁸

¹⁴⁶ No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, já fica estampada, cristalina, a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor de pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso”, (...). O seu artigo 1º reforça essa tendência: “Art. 1º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

¹⁴⁷ SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de Proximidade: Restorative Justice**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 101.

¹⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito De/Para Todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 33 apud *Ibid.*, p. 101.

Para Flávia Piovesan, a dignidade da pessoa humana: “Simboliza um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”¹⁴⁹. Princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, também é o mais controverso, diante do subjetivismo do termo, apresentando como características fortes a generalidade e abstração. Jónatas Eduardo Mendes Machado ensina que:

“A dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e éticos-políticos resultantes da reflexão multissecular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com suas limitações e necessidades devem assumir na conformação da comunidade política”¹⁵⁰.

Nessa linha de compreensão, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta um conceito sobre a dignidade da pessoa humana, que como ele próprio define, trata-se de uma proposta em contínua reconstrução, com o intuito de fornecer a maior afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁵¹.

No mesmo raciocínio, leciona José Afonso da Silva:

A dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, III, da Constituição, não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição,

¹⁴⁹ PIOVESAN Flávia. **Temas de Direito Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 389.

¹⁵⁰ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 358/359.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.73

reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se, é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional¹⁵².

Jorge Miranda, por seu turno, fundamenta a dignidade da pessoa humana no fato de que os seres humanos todos são dotados de razão e consciência representando justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade¹⁵³.

Sob o prisma jurídico, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - que encontra previsão no ordenamento brasileiro na Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, inciso III) – serve como o princípio de maior hierarquia valorativa dentre todos os princípios constitucionais, recebendo a qualificação de “epicentro axiológico da ordem constitucional”¹⁵⁴.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como “fundamento da República” no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o “valor supremo da democracia”, como a “norma das normas dos direitos fundamentais”, como o “princípio dos princípios constitucionais”, como o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”. O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira a todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país¹⁵⁵.

Com base nas lições de Luís Roberto Barroso, é possível dizer que a dignidade humana é um valor fundamental, sendo um “princípio jurídico de status constitucional”. Ademais,

[...] deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses

¹⁵² SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, pp. 84-94, abr./jun., 1998.

¹⁵³ Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, volume IV, p. 183.

¹⁵⁴ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22.

¹⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 14.

estatais (valor comunitário)¹⁵⁶.

Trata-se, portanto, de valor com extrema e elevada importância no nosso modelo democrático de Estado, pois dentro de uma concepção kelseniana¹⁵⁷, pode ser apontado como norma hipotética fundamental de todo sistema jurídico nacional.

Antônio Carlos da Ponte salienta que a opção política do constituinte “pode facilmente ser compreendida, pois a pessoa humana deve ser considerada alicerce e objetivo maior da sociedade, ou seja, a razão da existência do Estado são as pessoas”¹⁵⁸.

Vale ressaltar o aspecto de que o princípio da dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes do Estado e da própria comunidade em geral, ou seja, possui um caráter duplice que aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (proteção) e prestacional (assistência) da dignidade¹⁵⁹.

Do ponto de vista protetivo, a dignidade da pessoa humana impõe que o

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273. Marcelo Novelino afirma que a dignidade humana pode ser tida como: 1) postulado normativo interpretativo, quando atua como norte para criação, interpretação e aplicação das demais normas; 2) princípio, quando impõe ao Estado a proteção e a promoção dos valores e bens indispensáveis para uma vida digna; e 3) regra, quando determina que qualquer pessoa ou o Estado não possa tratar a pessoa como objeto (NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 374).

¹⁵⁷ Na construção sistêmica de Hans Kelsen a norma hipotética fundamental é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico de um Estado. É o que confere validade à constituição positivada e é o que possibilita a interpretação de tudo aquilo que dela derive como Direito válido. A norma hipotética fundamental, portanto, é supraconstitucional. Não se trata de uma norma posta. “Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 217). Portanto, a norma fundamental é uma norma pressuposta como a mais elevada, que tem por função “fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva” (Op. cit., p. 226), ou seja, é o fundamento supremo de todas as normas que compõem um dado ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética, pois é apenas uma ordem pensada, ou seja, não é posta por um ato de vontade. Para se entender o pensamento de Kelsen, deve-se necessariamente passar pelos estudos de Immanuel Kant. Ao desenvolver a norma hipotética fundamental, Kelsen baseou-se naquilo que Kant denominava de transcendental. Portanto, quando Kelsen fala de norma hipotética fundamental, está ripristinando o conceito do que era transcendental para Kant. “Como neokantiano, Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como esquemas de interpretação da experiência social possível, experiência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito, cuja validade não resulta de sua correspondência aos fatos, nem do conteúdo que possam ter, mas tão-somente de sua situação no interior do sistema, ligando-se uma norma à superior, por nexos puramente lógicos, e assim sucessivamente, até se alcançar a norma fundamental recebido como pressuposto da ordem jurídica positiva, ou fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento” (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 466).

¹⁵⁸ PONTE, Antônio Carlos da. **O “Habeas Corpus” como instrumento garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais*. Coord. Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.49.

ordenamento jurídico zele para que todos os seres humanos, sem qualquer discriminação, recebam o mesmo respeito e consideração por parte do Estado e de toda a comunidade, uma vez que todos os indivíduos são iguais em dignidade. Ainda nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

a dignidade independe das circunstâncias concretas já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos ¹⁶⁰.

Não se pode deixar de analisar a influência da Dignidade da Pessoa Humana no processo penal, bem como seus desdobramentos. Conforme já explicitado, na fase da neutralização da vítima, observamos a tomada, pelo Estado, do conflito penal para si, provocando algumas consequências, entre elas, o esquecimento da pessoa da vítima e a utilização da repressão (torturas e castigos cruéis) como um instrumento de demonstração do poder político do soberano.

Assim, coube a pensadores da época do Iluminismo – sendo o de maior notoriedade Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria - desenvolver ideias que justificassem restrições a esse poder absoluto. Assim, de todos os significados, conceitos e características do princípio da dignidade da pessoa humana, o importante é destacar que este serve de limitação à atuação estatal. Essas limitações podem ser observadas tanto em perspectiva negativa, no sentido de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, bem como em perspectiva de obrigações positivas, pelas quais o Estado deve garantir dignidade a todos, incluindo às vítimas de crimes.

Fato é que o penalismo ilustrado, nos moldes concebidos pela Dignidade da Pessoa humana, serviu como inspiração para deflagar o início do processo de humanização do processo penal, focando na perspectiva da dignidade da pessoa do acusado, contestando o sistema inquisitivo e defendendo o sistema acusatório, com a separação das funções de acusar, defender e julgar¹⁶¹.

Essa ideia de dignidade do homem, que se traduz em um *supremo modelo ético* – para

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.41.

¹⁶¹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

usar a expressão de Fábio Konder Comparato – e que posteriormente ganhou dimensão de princípio jurídico, conferiu ao processo penal um caráter mais humanitário. O acusado, portanto, passa a ser reconhecido como sujeito de direitos, contando com um verdadeiro arsenal jurídico a sua disposição, limitador e oponível à persecução arbitrária do Estado. A vítima, entretanto, continua esquecida e sofrendo com a referida vitimização secundária. Somente a partir dos movimentos vitimológicos é que surgiram questionamentos e discussões apontando a nocividade desse efeito¹⁶².

Assim, essa perspectiva da vítima como sujeito de direitos e a incorporação gradual de direitos e garantias que possibilitem seu exercício – assim como aconteceu com o acusado, deve ser considerada como o novo desdobramento da Dignidade da Pessoa humana. Antes voltado ao acusado, esse princípio agora passa a se estender também para compreensão da vítima, sob pena de incorrer em grave injustiça, deixando a vítima desamparada, com sua dignidade vilipendiada.

Essa maior incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobre o processo penal, compreendendo não somente a tutela do acusado, mas a novel tutela da vítima, que ainda se acha em desenvolvimento, terá por condão consolidar a humanização do processo penal, deflagrada pelo penalismo ilustrado, que precisará ter como foco um conflito humano, priorizando a solução real desse conflito, ao atentar para os problemas, anseios e interesses das pessoas reais envolvidas (acusado, vítima e coletividade), em detrimento de uma mera resposta jurídico-formal abstrata¹⁶³.

¹⁶² Nesse sentido, esclarecedoras as palavras de Fábio Konder Comparato: —[...] os valores éticos não são visualizados pelo homem uma vez por todas e completamente, mas descobertos pouco a pouco, no curso da História. A pessoa é um modelo, ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana, um modelo que se perfaz indefinidamente e se concretiza, sem cessar, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas. Ao contrário da noção estoica de natureza que existe na base ou origem de tudo e não muda nunca, a concepção dos valores evolui e aponta claramente para o objetivo de constante e ilimitado aperfeiçoamento do ser humano! (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 481).

¹⁶³ “El sistema penal y concretamente el Derecho Penal y Proceso Penal debe abandonar el modelo de justicia tradicional que considera em delito como um hecho objetivo y despersonalizado, para construir un nuevo modelo que fije su atencion em la concepcion del delito como um conflicto humano que tiene como protagonista principal al hombre (victima y victimatio), abandonando la idea de um sistema penal alejado del hombre, exclusivamente retributivo y vingativo por um sistema que se convierta em instrumento de reconciliacion y paz.” (SAMPEDRO ARRUBLA, Júlío Andrés. **Por la humanización del proceso penal**. In: MESSUTI, Ana, (coord.). **Perspectivas criminológicas em el umbral del tercer milênio**. Montevideú: Fundaciona de cultura universitária, 1998. p. 75-82, p.75-76).

2.2. Retrospecto filosófico da Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana, como hoje é reconhecida, tem bases religiosas e filosóficas, e segundo Luís Roberto Barroso “assenta-se sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”¹⁶⁴. Ressalta, ainda, que o embasamento teórico do princípio da dignidade da pessoa humana é o Iluminismo.

Foi apenas com o iluminismo que o conceito de dignidade começou a ganhar impulso. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais.¹⁶⁵

Descrita como fundamento constitucional expresso, a Dignidade da pessoa humana esteve pela primeira vez no artigo 1º da Constituição da República Federal da Alemanha, também chamada de “Carta de Bonn”, logo após a segunda grande guerra, seguida, alguns anos depois, pelas constituições de Portugal, Espanha e Itália, países saídos de brutais ditaduras que desconheciam qualquer proteção aos cidadãos, eventualmente dissidentes ao regime, por supostas razões de Estado, cometendo crimes bárbaros¹⁶⁶ e toda espécie de violação aos direitos mais elementares do ser humano e das minorias em geral.

Apesar dessa solidificação legislativa internacional do princípio da dignidade humana que despontou no pós-guerra, é necessário explicar que tal fenômeno não se deu de forma rápida como pode parecer num primeiro momento tampouco sem resistências. É verdade que essa construção doutrinária remonta raízes no pensamento Greco romano e na própria doutrina judaico-cristã¹⁶⁷, não que apenas as religiões de origem judaica tenham desenvolvido o conceito, considerando que há vários conceitos semelhantes junto ao livro dos Vedas, na Índia, que possui mais de cinco mil anos e também em outras grandes religiões do oriente, mas toma-

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.14.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 13.

¹⁶⁶ Silva, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37.

¹⁶⁷ Bíblia Sagrada. Livro do Êxodo, 21, 12-13. Bíblia de Jerusalém, tradução em língua portuguesa diretamente dos originais. São Paulo: Editora Paulus, 2002.

se, aqui, como premissa religiosa apenas essas duas grandes correntes citadas, até porque a igreja Católica depois se utilizará de todo esse conhecimento e desenvolverá também o próprio conceito, deixando notável legado à sociedade ocidental.

Sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet reproduz os pensamentos de Marco Túlio Cícero, o qual utilizando-se de alguns conceitos do estoicismo¹⁶⁸, desenvolveu uma compreensão própria da dignidade desvinculada do cargo ou posição social. A “*dignitas romana*” era um conceito de cunho aristocrático que variava de acordo com a posição social do indivíduo e seu grau de reconhecimento pela comunidade, havendo, portanto, uma modulação da dignidade de pessoas mais dignas e menos dignas. Cícero, por sua vez, enxergando a possibilidade de reconhecer a coexistência de um sentido moral no que diz respeito às virtudes pessoais do homem declara que a dignidade tinha dupla significação, como dote (dádiva) e como conquista, no sentido de ser o resultado de um fazer, um agir na esfera social¹⁶⁹.

Marco Túlio Cícero repensou os conceitos do pensamento estoico para quem a dignidade era tida como qualidade própria ao ser humano, que o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos eram dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo. O novo conceito formulado por Cícero é desvinculando da dignidade romana, no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo, bem como a ideia de que todos os seres humanos, em relação a sua natureza, eram iguais em dignidade¹⁷⁰.

Tempos depois, já no ano 440 d.C., com a igreja Cristã já designada pela Igreja Católica Apostólica Romana e também na condição de religião oficial do império romano do ocidente, o Papa São Leão Magno defendeu que o ser humano possuía dignidade pelo fato de que Deus os criou a sua imagem e semelhança e que, ao tornar-se homem, em alusão à vinda do Cristo numa visão dada com base no dogma da Santíssima Trindade, dignificou a natureza humana e revigorou os laços entre a humanidade e Deus, que culminou com a crucificação de Jesus

¹⁶⁸ Estoicismo: O estoicismo (do grego: Στωικισμός) é uma escola de filosofia helenística fundada em Atenas por Zenão de Cítio, no início do século III a.C.. Os estoicos ensinavam que as emoções destrutivas resultavam de erros de julgamento, e que um sábio, ou pessoa com “perfeição moral e intelectual” não sofreria dessas emoções. Fonte Enciclopédia Barsa, Editorial Planeta, 3. ed. Madrid, volume VII.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 35.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 36.

Cristo¹⁷¹.

Já em plena idade média, São Tomás de Aquino, influenciado pelas ideias de Anício Mânlio Torquato Severino Boécio¹⁷², trouxe a convicção de uma dignidade ontológica ou inata por ser o homem filho de Deus e feito a sua imagem e semelhança e complementou com o conceito de uma dignidade adquirida em face de uma vida digna de acordo com o evangelho e da orientação da Igreja¹⁷³.

A ruptura com os conceitos religiosos resulta na transformação da concepção de dignidade humana que inicia sua marcha com o movimento jusnaturalista, a partir do século XVI, quando se buscou desvincular os conceitos filosóficos dos dogmas da Igreja.

Já Thomas Hobbes, apresentando visível retrocesso, resgatou o conceito da dignidade romana, anterior à reformulação de Cícero, quando tal foi aferida em função da posição social, dos bens, da genealogia aristocrática. Neste sentido Hobbes afirma que “o valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam de dignidade”. Ainda segundo Hobbes:

O valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto, não absoluto, mas algo que depende da necessidade e do julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de um alto preço em tempos de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempos de paz. Um Juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempos de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra. E tal como nas outras coisas, também o homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem, como fazem muitos, atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros¹⁷⁴.

Immanuel Kant fundamenta a dignidade partindo do pressuposto da autonomia ética do ser humano, o qual possui capacidade de autonomia de vontade, capacidade de autodeterminação e de um agir de acordo com as leis, fundamenta o autor ainda que tal característica pertence apenas ao homem em face de sua racionalidade, constituindo-se no

¹⁷¹ SOLIMEO, Plínio Maria. São Leão Magno, o Papa que deteve Atila, publicado em www.catolicismo.com.br, consultado em 20/05/2012.

¹⁷² Filósofo cristão nascido em Roma em 479 ou 480/524, autor de inúmeras obras de matemática e filosofia, um dos principais tradutores de Aristóteles. Fonte Enciclopédia Barsa, Editorial Planeta, 3. ed. Madrid, volume III, p. 933.

¹⁷³ AQUINO, Tomás de. **Os pensadores**. Tradução publicada sob licença de Alexandre Correa. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 25.

¹⁷⁴ HOBBS, Thomas. **Os Pensadores**. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 54.

fundamento da dignidade da natureza humana¹⁷⁵. Em síntese, Kant fundamenta a dignidade na capacidade de individualizar o ser humano diferindo-o das coisas e dando-lhe valor próprio por sua simples existência:

O homem, e de uma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como um meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade de nossa vontade, mas da natureza, tem, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objeto de respeito¹⁷⁶.

Ainda defendendo a qualidade da pessoa humana, Kant afirma que:

(...) no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela, qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite um equivalente, então ela tem dignidade. Esta apreciação dá, pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade¹⁷⁷.

Assim, pode-se afirmar que, para Kant, o conceito da dignidade da pessoa humana se desvincula da roupagem de cunho religioso, que encontramos em Boécio e Tomás de Aquino, tendo por fundamento a simples condição humana, racional e não coisificada, sendo a condição humana possuidora da dignidade como valor intrínseco, e não mais importando a origem divina do homem ou de seu agir de acordo com o evangelho. Tomás de Aquino, por exemplo, aceita e justifica a pena de morte como forma de extirpar o indigno com a analogia do anjo caído. Kant, por sua vez, repulsa a perda da dignidade por atos indignos, pois a dignidade é condição inerente do homem e, portanto, impassível de renúncia ou expropriação.

Hoje a concepção dada por Kant fundamenta a maioria das constituições dos Estados

¹⁷⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In: HOBBS, Thomas. Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, pp. 134 a 141.

¹⁷⁶ Ibidem, pp. 134-135.

¹⁷⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In: HOBBS, Thomas. Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 140.

democráticos de direito, permanecendo incontestável no sentido de que a dignidade da pessoa humana está considerada como fim, e não como meio, repudiando toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano¹⁷⁸.

Hegel, por fim, sustentava uma perspectiva própria. Não negava a influência kantiana, mas não a acatava integralmente, pois defendia que o ser humano não nascia completamente digno, mas fazia-se digno com base na sua ética, no seu agir como cidadão¹⁷⁹.

O conceito laico da dignidade da pessoa humana, desvinculado da tradição judaico-cristã, favorece para que se torne um valor intercultural, universal, favorecendo sua globalização e adoção entre os mais diversos povos. Entretanto, após esse breve retrospecto histórico, pode-se perceber a dificuldade da construção e da aceitação do conceito de dignidade da pessoa humana ao longo dos séculos.

Nesse sentido, expõe Carlos Alberto Bittar: “(...) a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vem sendo construídas desde longa data na cultura ocidental”¹⁸⁰.

2.3. A dignidade da pessoa humana na vigência da atual ordem constitucional

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, razão pela qual aludido princípio não se encontra entre os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da carta política.

Alguns autores, como Guilherme de Souza Nucci¹⁸¹, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins¹⁸², sustentam que a dignidade da pessoa humana é uma das metas a ser atingida pelo Estado e pela sociedade brasileira, nada tendo a ver com um princípio penal específico.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45.

¹⁷⁹ A melhor maneira de educar eticamente um filho comenta Hegel a resposta de um pitagórico, “é fazendo-o cidadão de um Estado com boas leis”. WEBER, Thadeu. **Pessoa e Autonomia na filosofia de Hegel**. In: Revista Veritas, v. 55, nº 3, set./dez. 2010, p. 59-82. Disponível em: www.revistaseletronicas.pucrs.br, acessado em 26/06/2012.

¹⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 14.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: Parte geral: Parte especial. 2. ed. rev. amp. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425

Entretanto, com propriedade, Antônio Carlos da Ponte defende que,

o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o fundamento maior da carta de princípios denominado Constituição Federal (...) Trabalhando com a ideia de sistema jurídico fechado, propugnada por Hans Kelsen, o princípio da dignidade da pessoa humana seria, como já adiantado, a norma hipotética fundamental - ápice da pirâmide-, sob a qual encontrar-se-ia a Constituição Federal, alicerçada em uma série de outros princípios. Abaixo, estariam as leis complementares, delegadas, ordinárias, os decretos, as portarias etc.¹⁸³.

Assim, o conceito do princípio da dignidade humana encontra-se amplamente discutido e sedimentado, sendo o princípio estrutural de nossa ordem constitucional, devidamente positivado em nossa Constituição de 1988 e utilizado de forma operativa e integradora como norma cogente, que de fato é. Ainda remanescem críticas tecidas no sentido de que a utilização do princípio em questão como fundamento de decisão judicial alarga por demasiado o arbítrio judicial com bases supostamente subjetivas.

Entretanto, tal crítica já foi devidamente rebatida por José Afonso da Silva no sentido de que não deve realmente haver limite na proteção dos direitos fundamentais, nas decisões judiciais, com base na dignidade da pessoa humana¹⁸⁴.

No que tange à aplicação e vigência na ordem constitucional, não há que se falar em falta de aplicabilidade ou eficácia, tampouco que possua conceito meramente programático e neste passo afirma José Afonso da Silva não haver norma constitucional desprovida de eficácia. Nas palavras do autor temos:

Todas elas (normas) irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Sobre os princípios constitucionais e sua força normativa cogente, Paulo Bonavides defende:

¹⁸³ PONTE, Antônio Carlos da. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65-67.

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, pp. 84-94, abr./jun. 1998.

Neste contexto, perante a terceira e atual fase do constitucionalismo, enfim, a fase do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que é fruto dos grandes movimentos constituintes da última metade do século XX, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológicos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹⁸⁵.

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o *regímen*, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência¹⁸⁶.

Como já exemplificado, foi na República Federal Alemã, hoje unificada, onde se inaugurou a positivação do conceito do princípio da dignidade humana em lei fundamental, na sociedade ocidental do pós-guerra, com a *Carta de Bonn*. Sendo que naquele ordenamento jurídico, o conceito vem sendo aplicado de modo iterativo e concreto na discussão de questões levadas ao poder judiciário alemão compondo inclusive votos na Corte Constitucional, como no trecho a seguir colacionado, proferido na Corte Constitucional Alemã sobre a discussão sobre a eventual descriminalização do aborto:

No sentido de que assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando se inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional¹⁸⁷.

Portanto, diante da aceitação explícita da plena eficácia e vigência do princípio da dignidade humana, como norma, é evidente que também fundamenta o amparo às vítimas de criminalidade, sendo o artigo 245 da Constituição uma verdadeira decorrência lógica do princípio citado, bem como de todos os direitos fundamentais aplicáveis.

Como valor fundamental, a dignidade da pessoa humana é o alicerce dos direitos, garantias e deveres fundamentais, verificando-se que o dispositivo constitucional mencionado contém normas que impõem condutas positivas de sua proteção e promoção¹⁸⁸. José Joaquim

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 273

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 282.

¹⁸⁷ Trecho do voto da Juíza Jutta Limbach, presidente à época do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, transcrito por Ingo Wolfgang Sarlet na obra *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 54.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 73, nota 159

Gomes Canotilho e Vital Moreira escrevem mais particularmente que a dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres públicos especiais de proteção com relação às pessoas em situações propícias a graves atentados contra essa dignidade, destacando a defesa da vida e da integridade do ser humano contra, v.g., práticas eugênicas e de seleção de pessoas e tráfico de seres humanos¹⁸⁹.

Luiz Regis Prado afirma que toda a lei que viole a dignidade humana deve ser tida por inconstitucional, e que sua força normativa irradia por toda a ordem jurídica e serve de alicerce para os demais princípios fundamentais penais, asseverando que uma transgressão ao princípio da legalidade ou da culpabilidade¹⁹⁰ implicará também, em última instância, uma lesão ao megaprincípio¹⁹¹. Nessa linha de raciocínio, vamos além: os bens jurídicos intrinsecamente relacionados com a dignidade da pessoa humana somente poderão ser eficazmente protegidos por meio do Direito Penal. E, por fim, uma desobediência ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em seu dúplice aspecto, proibição do excesso e também proibição de proteção insuficiente pelo Direito Penal de um bem de valor constitucionalmente relevante, na tutela de direitos fundamentais, tisna, sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nunca é demais lembrar que toda essa discussão iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948, que elencava a dignidade em seu artigo 3º, reconhecida precisamente para socorrer milhões de vítimas dos campos de concentração e das nações literalmente destruídas pelo conflito, com milhões de desabrigados famintos, doentes e órfãos, o que neste cenário horripilante levou a filósofa alemã de origem judia, Hannah Arendt, a cunhar em 1996 a expressão “banalidade do mal”, com a finalidade de tentar explicar o comportamento bestial do povo alemão, seus compatriotas, que agiram ou se

¹⁸⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, vol. 1, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 199-200

¹⁹⁰ Sobre as funções do princípio da culpabilidade, esclarece Dermeval Farias: “O princípio da culpabilidade, conforme exposto na doutrina, exerce três funções: é elemento da estrutura analítica, constitui uma exigência de responsabilidade penal subjetiva no Estado Democrático de Direito; e figura como medida de pena. Pode-se dizer, ainda, de outro modo, que ele exerce uma função dogmática estruturante em dispositivos do Código Penal brasileiro: ao impedir a responsabilidade objetiva no art.19; como medida de pena ao conduzir o processo de dosimetria da pena base no art.59, ao interferir na escolha do regime inicial no §3º do art.33, ao ser analisado na substituição de pena privativa por restritivas no inciso III do art. 44, ao ser sopesado na exasperação da continuidade delitiva especial, conforme parágrafo único do art.71” GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática penal: fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 240. Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, qualquer violação a umas das funções do princípio da culpabilidade, já implicaria em lesão à dignidade da pessoa humana.

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 134-135

omitiram, diante das barbáries, sob o manto da legalidade da república nacional socialista de Adolf Hitler¹⁹².

Essa é a principal causa do resgate do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e inerente à condição humana, e que se diga, tornou-se o epicentro das Constituições ocidentais de modo geral, e que durante tantos anos subsidiou a defesa dos acusados, agora, sob os mesmos fundamentos, volta-se para a vítima com a mesma legitimidade. Acerca do tema, Antônio Scarance Fernandes:

Mas não se pode manter mais uma visão meramente abstrata de vítima, considerada mero sujeito passivo do delito, forçado a colaborar com a Justiça Criminal. É ela, antes de tudo, um sujeito de direitos que deve ter no processo meios de defendê-los de maneira concreta e eficaz, sejam direitos ligados a interesses civis, criminais, seja mesmo direito à tranquilidade, à sua vida privada, à sua intimidade.¹⁹³

Conceituando a dignidade como mandado de otimização, nas palavras de Frederico Valdez Pereira e Douglas Fisher:

É certo que a dignidade humana não foi incluída no rol dos direitos e das garantias fundamentais, mas, pela primeira vez na história legislativa pátria, o constituinte de 1988 inseriu-a como princípio fundamental, verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática. Igualmente relevante destacar que em nossa compreensão não há um direito fundamental à dignidade da pessoa humana como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária. Ancorado no entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, Fernandez Segado destaca que “*si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional [también ao brasileiro] la dignidade de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos*” (FERNANDES SAGADO, 2006, pp. 25-26). Portanto, a dignidade da pessoa humana precisa ser analisada e considerada como mandado de otimização, ordenando algo que deva ser realizado na melhor medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas. Defendemos abertamente que “a dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais (explícitas ou implícitas) do sistema vigente, vinculando e obrigando todas as ações (positivas e de abstenção), privadas ou públicas”. Ou, como expressamente reconhece Adolfo Bidart (antes referido), “os direitos e deveres fundamentais (aí inclusos os de o Estado agir positivamente) estão postos na mesma hierarquia constitucional, concluindo que os direitos humanos em cada homem requerer, para sua efetiva existência, igual

¹⁹² ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1990, pp. 324-325.

¹⁹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 56.

fundamento ou base, de deveres de igual hierarquia e significação¹⁹⁴.

Marcelo Novelino ensina que a dignidade humana em si não é um direito, mas sim "um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito". Diante disso, nasce para o Estado a obrigação de proteger este valor, sendo missão do Poder Público a observância do dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários para uma vida digna. E a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade humana que nascem todos os demais direitos materialmente fundamentais, "que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que são ensejo"¹⁹⁵.

Considerando, portanto, que, para que a pessoa tenha a sua dignidade respeitada, ela deve ser tratada como sujeito de direitos, é inquestionável que, via de regra, a dignidade humana será violada quando uma pessoa for tratada como um meio para se chegar a determinado fim, ou seja, quando for tratada como mero objeto. É a denominada "fórmula objeto", no sentido de que "a violação da dignidade ocorre quando este tratamento como objeto constitui uma expressão de desprezo pela pessoa ou para com a pessoa". Em síntese, como descreve Marcelo Novelino, haverá violação da dignidade quando "uma pessoa for tratada como meio para se atingir um determinado fim (aspecto objetivo), sendo este tratamento fruto de uma expressão do desprezo por sua condição (aspecto subjetivo)"¹⁹⁶.

Neste cenário, pode-se concluir que, nas ciências criminais, a dignidade humana da vítima, como regra, está sendo desrespeitada, na medida em que, como já reiteradamente mencionado, ela deixou de ser tratada na esfera penal e processual penal como sujeito de direitos, sendo tida como um mero objeto ou informante de crime. A partir desta concepção, pouca preocupação se teve em conferir à vítima um tratamento digno, ignorando-se, por completo, sua condição de sujeito de direitos, e que merece atenção e respeito, como muito bem resumiu Gianluigi Ponti:

¹⁹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 53-55.

¹⁹⁵ Marcelo Novelino cita em sua obra que esta conclusão foi consolidada pelo Tribunal Constitucional Alemão, o qual decidiu que a ideia de dignidade impõe a proibição de que o ser humano seja objeto de uma ação estatal que represente um desprezo pela pessoa (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo.:Método, 2011, p.373).

¹⁹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo.:Método, 2011, p.373.

A vítima, por sua vez, é colocada em um canto. No processo penal, lhe é reservado o papel de uma intrusa a ser tolerada, e o núcleo de atenção pareceria não ser tanto o acerto da verdade, o esclarecimento da responsabilidade pelo mal causado e o remédio quanto tutelar os direitos de quem é colocado sob juízo. Não levantemos as escolhas inquisitórias e as suposições de culpa, mas não excedeu talvez demasiadamente no sentido contrário? Sagradas são as instâncias das garantias, só que as da vítima (na prática e na lei) parecem menos importantes do que aquelas do imputado¹⁹⁷.

Destaca-se que o mandamento constitucional previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal aplica-se a qualquer pessoa, abarcando obviamente a vítima de crime, que deve ser respeitada como sujeito de direitos, a fim de que tenha sua dignidade respeitada. Em outras palavras, a partir do momento em que a vítima é reconhecida como sujeito de direitos - e não mero objeto-, para que se possa resgatar a sua dignidade, mostra-se necessária uma efetiva preocupação com o reconhecimento e com a concretização de seus direitos. De nada adianta academicamente se falar que a vítima de crime não deve ser tratada como mero objeto se, sob o ponto de vista da prática forense, ela ainda continua sendo tratada como tal. Como destaca Vanessa de Biassio Mazzutti:

A necessidade de resgatar a dignidade da vítima é indubitável no atual Estado Democrático de Direito, em virtude de ser autora e destinatária das normas jurídicas e, dessa forma, merece guarida e participação efetiva na relação processual que envolva seus interesses. A sua revalorização e a tutela aos seus direitos representam resposta aos anseios vitimológicos, visando à reparação do dano suportado pela ação e o retorno ao *status quo ante*¹⁹⁸.

Contudo, finaliza Annunziata Alvel Iulianello, é preciso reconhecer que a concretização do novo papel a ser ocupado pela vítima é algo que demanda tempo e uma que mudança de mentalidade, especialmente dos operadores do direito que atuam na esfera criminal, tendo em vista que simples alterações legislativas - embora sejam importantes para trazer a discussão da temática à tona - não têm o condão de concretizar as mudanças almejadas. É preciso nascer a consciência de que o sistema penal não deve ter o escopo apenas e tão somente de atuar como sistema repressivo, mas deve, sobretudo, preocupar-se em assegurar, de forma eficaz, os

¹⁹⁷ PONTI, Gianluigi. A vítima: **Uma dívida a ser paga**. In: ZORNER, Ana Paula. (Org.). Ensaio Criminológicos. Trad. Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 82.

¹⁹⁸ MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia e direitos humanos**: o processo penal sob a perspectiva da Vítima. Curitiba: Juruá, 2012. p. 115.

direitos e garantias fundamentais das pessoas que foram vitimadas¹⁹⁹.

¹⁹⁹ IULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento especial: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 87.

3. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

3.1. O conceito multifário de política criminal

É no âmbito da política criminal que se discute as balizas para a utilização do Direito Penal, as suas finalidades, quais bens jurídicos serão objeto de tutela penal, sempre focando que a intervenção jurídico-penal busca satisfazer uma função social do Direito Penal, de forma que possa ser retirado aquilo que esteja fora dessa função.

Já dizia Claus Roxin que constitui função do Direito Penal garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre, segura, quando esses objetivos não puderem ser alcançados com o uso de outras medidas, políticas e/ou jurídicas, que atinjam em menor escala a liberdade dos cidadãos. Essa sapiência de uso subsidiário do Direito Penal faz parte dos Estados Democráticos e advém do período ilustrado ou iluminista²⁰⁰.

Aníbal Bruno, já no ano de 1959, advertia que o Direito Penal constitui um sistema de dupla face, protetor da sociedade contra a agressão do indivíduo e, concomitantemente, protetor do indivíduo contra possíveis excessos da sociedade constituída em Estado quando da prevenção e repressão dos fatos puníveis²⁰¹.

Assim, quando se discute o sistema punitivo de determinado Estado, o bem jurídico exerce uma função de extrema relevância²⁰², pois “se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal”²⁰³, realizando a tarefa de aproximar a dogmática penal (teoria do delito) e a política criminal (realidade social). Nesse sentido, discorre Luís Régis Prado:

O surgimento de bem jurídico produz-se por razões de natureza política e dogmática. No primeiro aspecto, vem a ser quase uma consequência necessária das transformações econômicas e políticas da época (uma nova concepção de Estado). Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado desde os delitos religiosos e até contra os

²⁰⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 16-17.

²⁰¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 18-19.

²⁰² Sobre a importância do bem jurídico para o Direito Penal, Polaino Navarrete afirma: “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito” (POLAINO NAVARRETE, M. **El Bien Jurídico em el Derecho Penal**. Sevilha, Public de la Universidad, 1974, p. 21-22, apud, PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 18).

²⁰³ PONTE, Antônio Carlos da. Crimes Eleitorais. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 149.

costumes²⁰⁴.

Portanto, é necessário desmiudar o conceito multifário de política criminal, o qual se mostra extremamente complexo. Paulo Vinicius Sporleder de Souza assevera:

A doutrina jurídico-penal tem-se preocupado com a disciplina da política criminal nos últimos anos. Vem entendendo que esta – sendo parte da política social e da política jurídica geral – na função de combater a criminalidade, a fim de controlá-la reduzindo-a a níveis toleráveis para que seja possível a convivência pacífica em sociedade, procura revelar e sugerir caminhos ao direito criminal no sentido de melhorar e racionalizar as estratégias de prevenção e repressão do crime²⁰⁵.

Considerada como diretriz de medidas pertencentes estritamente ao Direito Penal, a política criminal pode ser vista como “a política jurídica no âmbito da justiça criminal” ou “a obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal”²⁰⁶.

É imperioso lembrar que política criminal deve orientar não só o legislador no momento de elaboração da norma penal, mas, também, todos os aplicadores do direito durante a vigência da lei penal e sua aplicação ao caso concreto, podendo ainda ser indicadas concepções extra-sistemática e intra-sistemática de política criminal.

Extra-sistemática é a política criminal que atua na esfera do Poder Legislativo, e que apresenta três vertentes: política criminal legislativo-dogmática, a qual busca adequar a teoria do delito e criar, extinguir, modificar ou substituir tipos penais; política criminal penalógica, que institui a sanção penal, ou seja, aspectos ligados à pena e à medida de segurança e política criminal processual, cujo objetivo é aprimorar o sistema processual penal.

De outra banda, intra-sistemática é a política criminal ligada ao “sistema do direito criminal propriamente dito, sendo a ele imanente”²⁰⁷, e, diz respeito ao Direito Penal vigente. Comporta uma subclassificação entre política criminal processual (relacionada ao processo criminal), executória (atrelada à execução penal) e dogmática (é a própria dogmática penal).

É relevante frisar que “toda política criminal intra-sistemática pode repercutir numa

²⁰⁴ PRADO, Luis Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 26

²⁰⁵ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-26.

²⁰⁶ ZIPF, H. **Introducción a la política criminal**. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaén: Edersa, 1979, apud SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op. cit., p. 29.

²⁰⁷ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supraindividuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

política criminal extra-sistemática e vice-versa, sendo isso o ideal que se busca, pois só assim a ciência criminal pode progredir como um todo”²⁰⁸.

Com efeito, Eduardo Medeiros Cavalcanti leciona que “a Política Criminal serve, numa análise interdisciplinar, como fio condutor dos estudos e pesquisas realizados por aquelas disciplinas, evitando que a dogmática jurídico-penal se feche em seu sistema formal”.²⁰⁹

Portanto, a estruturação e o progresso do Direito Penal dependem da política criminal que se vai adotar dentro de determinado Estado, e, para tanto, o conceito e delimitação dos bens que serão objeto de tutela penal são indispensáveis.

Essa escolha legítima está condicionada a uma indicação constitucional ancorada na exigência de proteção do bem jurídico, uma vez que é da Constituição que deve ser extraída a política criminal que deve guiar a dogmática no sentido de tipificar condutas que lesionem ou causem perigo de lesão aos bens jurídicos de maior relevância social²¹⁰.

Nilo Batista indica quais são as funções que o bem jurídico exerce no âmbito da política criminal:

O Bem jurídico cumpre, no direito penal, cinco funções: 1ª axiológica (indicação das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª sistemático-classificatória (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª exegética (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é ‘o elemento central do preceito’, constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª dogmática (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc); 5ª crítica (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para ‘a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão’)²¹¹

Ademais, importa esclarecer que um sistema punitivo é instituído com base em princípios ideológicos, servindo a um determinado modelo de sociedade. Em um Estado Totalitário, o cerne da atuação estatal é tentar incriminar todos comportamentos que violem valores inerentes ao próprio Estado, e, dessa forma, as liberdades públicas são preocupações

²⁰⁸ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal** e Engenharia Genética Humana. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

²⁰⁹ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005., p. 245.

²¹⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal racional**: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. Curitiba: Juruá, 2016, p. 140.

²¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 97.

secundárias. Por outra banda, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra e, portanto, há preocupação em tutelar as garantias individuais, assim como, valorizar o pluralismo e a tolerância. Dessa maneira, só devem ser punidas aquelas condutas que realmente se mostram imprescindíveis para a manutenção da paz social.

Desse modo, pode-se constatar que a depender do modelo de Estado adotado, a relevância de determinados bens para o sistema punitivo irá se alterar. Para se constituir determinada forma de Estado, é necessário verificar quais são os valores que serão comuns, pois, é com base neles que será arquitetado todo o sistema punitivo.

Insculpido no “*caput*” do artigo 1º da Constituição Federal, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, donde se conclui que as liberdades e garantias individuais ganham prevalência na estruturação do seu sistema punitivo, que deve acatar, sobretudo, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana²¹².

Em um Estado de Direito de organização política democrática, é essencial o respeito e a defesa das liberdades públicas, com a consequente limitação do poder punitivo. Como ensina Ada Pellegrini Grinover, não só à administração (Poder Executivo), mas ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo incumbem respeitar o círculo de autodeterminação, com respeito à dignidade da pessoa, como está expressamente declarado no art. 1º da Constituição Federal²¹³.

Entretanto, no atual estágio do desenvolvimento da ciência penal contemporânea, tem se entendido que a proteção de bens jurídicos individuais como a vida, a liberdade e o patrimônio não preenchem todo o espaço de atuação do Direito Penal. Isso porque os bens jurídicos supraindividuais, também chamados de coletivos e difusos, como a saúde pública, o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira também constituem objeto da tutela penal, que, até então, eram tratados apenas nas searas cível e administrativa.

Assim sendo, tem-se o conceito de uma política criminal racional por Winfried Hassemer, que procura um equilíbrio entre a modernidade e o conservadorismo em matéria penal, de modo a não esquecer os avanços dogmáticos do passado na construção dos institutos penais de proteção e de interpretação no cenário da tutela dos bens jurídicos individuais, mas, por outro lado, sem abrir mão do desenvolvimento de novos institutos dogmáticos, na

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 71-72.

²¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.15.

concepção de um Direito Penal contemporâneo, que protege também os bens jurídicos coletivos²¹⁴.

3.2. A evolução do conceito de bem jurídico

A determinação da legitimidade de um tipo penal demanda, obrigatoriamente, o cumprimento do requisito da legalidade estrita. O tipo penal somente pode ser veiculado, em regimes democráticos, por meio de lei. Marcelo Carita Correa ensina que “a norma penal, portanto, somente deve ser criada por lei, respeitando o princípio da legalidade estrita, garantindo a participação da vontade popular na formação da norma e, sobretudo, observando a segurança jurídica do jurisdicionado”²¹⁵.

Entretanto, apenas o cumprimento do critério formal não é suficiente para legitimar a incidência do tipo penal. Guilherme de Souza Nucci destaca que “um crime deve estar descrito em lei, mas bem detalhado (taxativo), de modo a não provocar dúvidas e questionamentos intransponíveis, bem como sendo possível visualizar uma ofensa a bem jurídico tutelado, agindo o autor com dolo ou culpa”²¹⁶.

Além do controle formal, é necessário que seja realizado o controle material da norma penal. Jorge de Figueiredo Dias conta que o primeiro autor a tentar definir o que seria crime em termos materiais foi Garafolo, o qual afirmava que somente haveria crime quando a conduta violasse “sentimentos altruísticos fundamentais”²¹⁷. É nesse momento que começa a surgir o conceito de bem jurídico protegido como legitimador do poder punitivo.

Juarez Tavares afirma ser necessária a correlação da norma penal com o bem jurídico passível de proteção, impedindo, assim, a construção de um conteúdo meramente simbólico. A separação das zonas do lícito e ilícito seria uma condição de garantia da liberdade da pessoa humana²¹⁸.

²¹⁴ HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 337.

²¹⁵ CORRERA, Marcelo Carita. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 42.

²¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 19.

²¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 56

²¹⁸ TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposos. 5ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 39.

O conceito de bem jurídico importa para fixar um limite material ao poder de punir do Estado, “pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico”²¹⁹. Os estudos sobre o bem jurídico surgiram com o movimento Iluminista²²⁰, em razão da necessidade dogmática vivida dentro do liberalismo.

Como já adiantado no primeiro capítulo, antes do movimento iluminista, “vivia o Direito Penal verdadeira situação anárquica, com definições dos delitos feitas de forma indeterminada”²²¹. Em corrente reacionista aos arbítrios cometidos durante o regime absolutista, os iluministas pretenderam fixar limites predeterminados para o exercício do *jus puniendi* estatal, firmando, pois, um conceito material de delito²²².

Claudio José Langroiva Pereira afirma que a criação do conceito de bem jurídico se deve a Paul Johann Anselm Feuerbach, que ainda sem cunhar a expressão, teria verdadeiramente estabelecido a limitação do poder punitivo do Estado mediante o acolhimento de um direito subjetivo como forma de evitar a aplicação arbitrária do Direito Penal²²³, formulando sua teoria dos direitos subjetivos pautada na tese do contrato social.

A insegurança social fez com que os homens se organizassem em sociedade, atribuindo ao Estado a função de conservar a nova ordem, ou seja, o Estado somente poderia intervir

²¹⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 39. Realçando a importância do bem jurídico para o Direito Penal, Francisco de Assis Toledo sintetiza: “a ideia de ‘bem jurídico’ se coloca no centro do problema penal, impondo-se como critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal” (**Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 18).

²²⁰ Sobre o iluminismo e sua influência para o Direito Penal, Luiz Regis Prado destaca: “mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É, por assim dizer, produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva” (PRADO, Luis Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 24).

²²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 37.

²²² Nesse contexto de frear o arbítrio estatal, não se pode esquecer da obra de Cesare Bonesana, “Dos Delitos e das Penas”, que já naquela época conseguiu reproduzir objetivamente todo o pensamento dos enciclopedistas e inaugurou o período humanitário no Direito Penal ao clamar pela proporcionalidade na aplicação da pena, além de sustentar a necessidade de tratamento isonômico na aplicação da lei penal e de estabelecer os contornos do princípio da legalidade penal nos moldes em que o concebemos até a atualidade (apesar de ter sido previsto pela primeira vez em 1215 na Magna Carta imposta ao Rei João Sem Terra da Inglaterra, o princípio da legalidade penal foi aperfeiçoado no trabalho de Cesare Bonesana, passando, a partir de então a ganhar a feição trazida nas mais diversas constituições do pós guerra). BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Néelson Jahr Garcia. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 10-11.

²²³ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais: Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 72-73.

penalmente quando fosse violado o direito de algum cidadão. Feuerbach demonstra que em todo preceito penal há um direito subjetivo que é objeto de tutela, podendo ser particular ou do Estado.

Aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis penais pratica um 'crimen'. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada na lei penal. O crime seria "a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado. A ação delitiva deve contrariar um direito subjetivo alheio"²²⁴.

Como toda teoria, a de Feuerbach também foi objeto de críticas. Dentre todas, a principal argumentava que mesmo não violando direitos subjetivos, algumas condutas continuavam sendo punidas, como as denominadas infrações policiais. Sobre estas infrações Renato de Mello Jorge Silveira analisa que ainda que não lesionassem direitos subjetivos, Feuerbach entendia ser justificável uma punição, já que tais condutas colocavam em perigo a ordem e a seguridade social. Desta feita, tanto as lesões a direitos quanto à manutenção dessa ordem e seguridade poderiam ser entendidas como socialmente danosas"²²⁵. Ainda em relação às críticas, Paulo Vinicius Sporleder de Souza prevê:

A única crítica que pode ser cogitada em desfavor de FEUERBACH diz respeito às ações que simplesmente não violavam direito subjetivo algum, mas que, mesmo assim, foram defendidas pelo autor como sancionáveis penalmente. Classificados como subespécies de crimes, as denominadas 'Polizeivergehen' (infrações de polícia) eram instrumentos considerados por FEUERBACH como hábeis a serem utilizados pelo legislador mesmo que não afetassem direitos subjetivos quaisquer, desde que pusessem em perigo a ordem e a segurança jurídica"²²⁶.

Com influências iluministas, extrai-se que Feuerbach contrapõe-se aos princípios teológicos de delito que marcaram o regime antigo, construindo um conceito no qual o crime deixa de ser considerado um insulto a Deus, instituído na pessoa do monarca, e passa a ser visto como um atentado contra o Estado. Consecutivamente, a pena perde seu caráter de castigo

²²⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 64.

²²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 38.

²²⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. P. 46-17

pessoal e reveste-se de um caráter retributivo.

As lições de Feuerbach influenciaram o Código Penal da Baviera, de 1813, em que resta evidente a intenção de abster o Direito Penal de atuar em casos de comportamentos contrários à religião ou à moral, marcando a separação do direito e da moral.

Essa visão basicamente contratualista sustentada por Feuerbach acabou sendo revisitada por Johann Michael Franz Birnbaum, a quem é atribuída a paternidade da teoria do bem jurídico penal²²⁷. Em 1834 na Alemanha, Birnbaum publicou seu artigo sobre a tutela da honra, com o título “*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*”, que relacionou a legitimidade da norma não somente à violação de um direito, mas sim a um objeto de proteção.

Birnbaum opõe-se à ideia de que o delito é a lesão de um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído. Isso acontece apenas com o que é objeto de um direito, isto é, um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social²²⁸. A conduta criminosa não deveria lesionar “*direitos*”, mas, sim, lesionar “*bens*”.

Sua concepção fundamenta-se na ideia da “*natureza das coisas*”, situando-se no campo fático, concreto e real, acentuando a intersubjetividade para os objetos do mundo exterior²²⁹. Nesse caso, para obtenção da tutela penal é fundamental a existência de um bem fixado no mundo do ser ou da realidade, que tenha relevância para o indivíduo ou para a coletividade, e que possa ser objeto de lesão por um comportamento delitivo.

As ideias defendidas por Birnbaum proporcionaram uma discussão para o desenvolvimento de questões dogmáticas relacionadas aos crimes de lesão e de perigo, aos institutos da consumação e da tentativa e à separação dos bens em individuais e supraindividuais, denominados por ele de “*bens comuns*”. Não há na doutrina entendimento unânime sobre como se efetivou essa mudança verificada entre as ideias oriundas do

²²⁷ “Na verdade, Birnbaum não chega a utilizar-se da expressão ‘bem jurídico’, mas, sim, de uma série de outras expressões de tipo descritivo, as quais se identificam com esse conceito. Entretanto, graças a tais formulações é que lhe foi atribuída a paternidade da ideia de ‘bem jurídico’” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 41).

²²⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito**. Traducción de José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F Editorial, 2010, p. 23.

²²⁹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-individuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

pensamento iluminista e a tese de Birnbaum. Alguns entendem que a transição foi feita de forma natural, ou seja, o pensamento de Birnbaum foi consequência normal do liberalismo defendido e concretizado pelos iluministas. Para outros, entretanto, não haveria qualquer liame entre as ideias do iluminismo e perspectiva apresentada por Birnbaum. Nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira:

“Conforme a primeira opinião, a teoria do bem jurídico foi uma consequência natural da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminista, no sentido da determinação de um conceito material de crime. Já, segundo os demais, em especial Amelung, inexistiria qualquer continuidade entre os ideários iluministas e a proposição de Birnbaum. Isso se daria, tendo em vista que a situação da criação da teoria do bem jurídico põe-se, claramente, em oposição à concepção de crime como violação de direitos subjetivos”²³⁰.

É incontroverso, entretanto, que a teoria de Birnbaum forneceu “bases sólidas para que as posteriores investigações envolvendo o objeto de tutela jurídico-penal pudessem aprimorá-la, como de fato ocorreu especialmente pelas contribuições de Binding e Liszt”²³¹, pois com o nascimento da Escola Positivista, o pensamento desenvolvido por Birnbaum adquiriu “contornos mais precisos quanto à sua delimitação conceitual e terminológica”²³². Nesse contexto do positivismo e sob o prisma da evolução do conceito de bem jurídico penal, destaca-se a concepção trazida por Karl Binding, em 1872, na primeira edição de sua obra *“Die Normen und ihre Uebertretung”*.

Ao apurar o conceito de bem jurídico de Birnbaum e priorizando um positivismo normativista, Karl Binding o compreendeu como *“estado valorado pelo legislador”*, cabendo apenas à norma jurídica definir o bem jurídico. O delito, portanto, consistia na lesão de um direito subjetivo do Estado - ofensa ao direito de obediência estatal -, havendo compatibilidade entre a norma e o bem jurídico, sendo aquela a única e decisiva fonte de revelação deste. Nas palavras do autor, bem jurídico é tudo aquilo que o legislador assim o definiu.

“(…) tudo o que aos olhos do legislador tem valor como condição de uma vida

²³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 41.

²³¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supraindividuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 55.

²³² *Ibidem*, p. 55.

saudável dos cidadãos; tudo que não constitui em si um direito, mas apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas”²³³.

Assim, era necessária absoluta compatibilidade entre a norma e o bem jurídico que deveria por ela ser objeto de tutela. “O bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma”²³⁴. O indivíduo ao praticar um delito “cumprimenta justamente aquilo que se expressa na lei penal, e que a norma quer que se omita, tratando-se de normas proibitivas. Por assim dizer, ele, ao cometer um crime, age conforme a norma e contrário à lei”²³⁵.

Isto posto, com a concepção de Binding o conteúdo do crime adquire uma dimensão extremamente formalista, cabendo com exclusividade à lei definir e ao mesmo tempo criar o bem que será objeto de tutela penal. Essa tese foi absolutamente decisiva para a afirmação da teoria do bem jurídico na seara penal, porém, falha ao deixar de acoplar ao conceito condições legitimadoras do poder punitivo. Tempos depois, os ensinamentos de Binding acabariam por influenciar outras correntes, dentre as quais se destaca a Escola de Kiel na Alemanha, da qual se trata adiante.

Por ora, nesse cenário, o autor que melhor definiu a ideia de bem jurídico penal foi Franz Von Liszt. Dentro da mesma linha positivista, mas de fundo naturalístico-sociológico, Liszt se rebela contra o excesso de formalismo enraizado no positivismo formal-normológico de Binding. Rejeitando o “tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante, com os estudos de Franz Von Liszt”²³⁶.

Sob as influências de Rudolph Von Ihering e “fundamentando a sua tese do objeto de tutela jurídico-penal em aspectos pré-jurídicos (e não puramente formais), Liszt é o primeiro

²³³ BINDING, Karl. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Leipzig: Duncker & Humblot, 1833, p. 169 apud Von Liszt, Franz. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. In: Von Liszt, Franz. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**. Berlin: Walter de Gruyter, 1905, t. I, p. 212-251, p. 227.

²³⁴ ANGIONI, F. Contenido e funzioni del concetto di bene giuridico. Chiarella: Sassari, 1980, apud PRADO, Luis Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

²³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 43

²³⁶ PRADO, Luis Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-30.

autor a construir um sistema político- criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico”²³⁷. Para ele, o bem jurídico não estava vinculado a uma opção do Estado ou da norma jurídica. Ele excedia esse conceito e atrelava-se ao interesse humano protegido. “*Todo direito existe para o homem. Tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana (Lebensinteressen)*”²³⁸. Portanto, é o interesse humano que legitima o bem jurídico a ser tutelado.

Nós chamamos bens jurídicos aos interesses protegidos pelo Direito. Bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, quem cria a vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência eram interesses vitais, como os direitos de autor e inventor, muito antes de chegar a estar garantidos pela Constituição contra as intromissões arbitrárias do poder do Estado, ou pelas leis penais, contra as violações procedentes dos indivíduos. A necessidade cria a defesa e com a mudança dos interesses varia o número e a espécie dos bens jurídicos²³⁹.

Beccaria, reavido por Basileu Garcia, já advertia que “o homem cede uma parcela mínima da sua liberdade, para tornar possível a vida em coletividade (...)”²⁴⁰. Sendo assim, o Direito Penal com mínima intervenção torna-se uma utopia cada vez mais distante, sobretudo em tempos de crise dos valores humanos. O homem brasileiro está em crise e imbuído em constantes conflitos, logo, demanda a intervenção do Direito para a efetiva tutela de bens garantidos pela Constituição Federal.

²³⁷ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supraindividuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 59-61. Mais adiante, nesta mesma obra, e citando os ensinamentos de Liszt (em *La Idea de fin en el derecho penal*. Trad. E. Aimone Gibson. México, Universidad Nacional Autónoma de México/Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 89), Paulo Vinicius Sporleder de Souza explica o que vem a ser esse sistema político-criminal legislativo dogmático: “*A partir destas análises, Liszt desenvolve ainda o relevante critério político-criminal legislativo-dogmático da necessidade de tutela penal, princípio este suscitado em linhas gerais por Beccaria. Conforme expressamente ressalta o autor, ‘deve-se recorrer com a pena naqueles casos em que certos bens jurídicos necessitam proteção contra determinadas perturbações, e recorre-se a ela na forma e grau necessários para a proteção destes bens jurídicos contra estes delitos’*” (Op. cit., p. 63-64).

²³⁸ LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4ª ed. Trad. Luis Jimenez de Asua. Madrid, Editora Reus S.A., 1999, t. II, p. 06.

²³⁹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4ª ed. Trad. Luis Jimenez de Asua. Madrid, Editora Reus S.A., 1999, t. II, p. 06.

²⁴⁰ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed., v. I, Tomo I, 38ª tir. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 54

3.3. As escolas penais e o bem jurídico

- *Neokantismo*

Diante da inexistência de um conceito material de bem jurídico capaz de controlar a atuação do legislador, no início do século XX, nasceu o neokantismo defendendo uma concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico. Ponderando sobre essa teoria, Luiz Regis Prado:

“Essa doutrina – referida a valores e fins – fundamenta o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica. O neokantismo engendra duas escolas: a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a Escola Subocidental alemã ou de Baden (Windelband, Rickert, Lask, Radbruch)”²⁴¹.

O bem jurídico passa a ser idealizado, em uma visão espiritualista, de acordo com a “*ratio legis*” da norma jurídica, o que possibilita a conversão em simples método de interpretação. Assim, é concebido “como um valor cultural, sendo que sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social”²⁴². Também nessa esteira, Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, expõem:

Esta concepção despoja o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo só um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais. Em resumo, o bem jurídico ficava reduzido a uma categoria interpretativa, simples *ratio legis* dos preceitos particulares, com o qual perdia sua função garantista e sua incidência no âmbito da dogmática²⁴³.

Para Juarez Tavares, o neokantismo inaugura uma outra fase de evolução política, onde a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. “Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo

²⁴¹ PRADO, Luís Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

²⁴² PRADO, Luís Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

²⁴³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.

normativo, aparentemente neutro, mas em geral, de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem, pelo de valores ético-sociais (ontologismo). (...) Com tal postura, a noção de bem jurídico perde substancialidade. A proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminação da antisociabilidade, daí não ser incoerente que seus adeptos venham a conceituar o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem, que se impõe como bem vital do indivíduo e da comunidade”²⁴⁴.

O neokantismo pretende a equiparação entre valor e fim, desistindo da finalidade “garantista liberal do bem jurídico, centrando sua atenção no rendimento teleológico do conceito, ou seja, em sua capacidade de criação de um critério de interpretação a partir de seu fim (valor) protegido”²⁴⁵.

Portanto, sob a ótica da escola neokantiana bem jurídico é um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: “*valor ideal da ordem social juridicamente protegido*”²⁴⁶.

○ *A Escola de Kiel*

A Escola de Kiel embasou o regime nacional socialista na Alemanha que se iniciou no ano de 1935, pregando que crime era toda e qualquer violação a um dever de obediência do Estado²⁴⁷. Miguel Reale Junior analisando a ideologia nazista explica que:

²⁴⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 178.

²⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 48.

²⁴⁶ JESCHECK, H. **Tratado de Derecho Penal**. P.G. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, p. 351, v.1.

²⁴⁷ Fora da Alemanha, a doutrina do bem jurídico também foi contestada pelo italiano Francesco Antolisei, para o qual a função do ordenamento jurídico não era somente conservar e defender determinados bens ou interesses jurídicos. O direito apresentava, além desta função conservativa, também uma função propulsora ou evolutiva. Heleno Cláudio Fragoso apresentando a sequência do pensamento de Antolisei nas suas obras, observa que: “O trabalho em que ANTOLISEI melhor expõe seu pensamento sobre o assunto é o citado ‘Il problema del bene giuridico’, publicado pela primeira vez em 1940 e recolhido em seus Scritti di Diritto Penale (1955, p. 97). Em seu Manuale di Diritto Penale (1955, p. 123) manifesta-se com maior sobriedade, repetindo que a teoria do bem jurídico teve importância exagerada, pois não se trata de conceito decisivo na interpretação, já que em vários crimes é tutelado o mesmo bem. Que de maior valor é a indagação quanto ao escopo ou ratio da incriminação. Na valoração do crime outros elementos são considerados, inclusive a qualidade do dever violado. Afirma que a super-valorização do dano individual é expressão de tendências conservadoras da doutrina e que ainda mais deve diminuir a importância do bem jurídico no futuro”. Nesse mesmo sentido: “Pretendendo negar que o bem jurídico constitua sempre objeto específico do crime, já que o crime seria antes de tudo desobediência a um imperativo de lei (crimes de pura desobediência), acaba-se num verdadeiro processo de formalização do direito penal, mesmo

Segundo a visão da vida nazista, sua Weltanschauung – o indivíduo amorfo, burguês e conservador, deveria ser superado pela compreensão orgânica da realidade. A espinha dorsal da vida social é a Volksgemeinschaft, na qual se insere o indivíduo. O povo se forma como raça, sendo a nação alemã o povo da raça germânica. O povo engendra uma unidade incidível, historicamente constituída, da qual a raça é o elemento catalisador. Os indivíduos se organizam de modo coordenado, formando uma coletividade concreta, possuindo a mesma raça, o mesmo sangue, participando de um mesmo espírito objetivo. (...) A coletividade como realidade concreta, quando formada por indivíduos da mesma raça e sangue, que participam de um mesmo espírito objetivo, vem a constituir a comunidade do povo (Volksgemeinschaft) que é conduzido pelo Führer. O direito é função e resultado da Volksgemeinschaft, como instrumento através do qual o espírito objetivo, atuante do organismo real do povo, ordena a vida coletiva. A vida da comunidade não é limitada pelas leis, pois o direito está além das leis positivas, como expressão da comunidade. Desse modo, a um caso concreto pode ser aplicada uma solução não normativa, mas jurídica, derivada do ordenamento concreto. A função jurisdicional se confunde com a criatividade do direito. O direito é um sistema de leis que ordena a vida da comunidade do povo, sendo as leis o espelho do espírito que caracteriza essa mesma comunidade. O Führer, como condutor da comunidade e encarnação do espírito objetivo que caracteriza o povo, tem o poder de dizer o direito²⁴⁸.

A lesão do dever, portanto, passa integrar o conteúdo material do injusto, afrontando toda a evolução apresentada até o momento pela teoria do bem jurídico. A Escola de Kiel precisou afastar o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, tornando-o quase um conceito inócuo. Segundo Winfried Hassemer, a teoria da proteção dos bens jurídicos penais “foi preparada em meio a longas discussões na Ciência do Direito Penal sobre o conceito e a função do bem jurídico e foi interrompida pelos nazistas, que, naturalmente, não estavam interessados em uma discussão geral em torno da realidade do autor e da vítima na justiça penal”²⁴⁹.

Discorrendo sobre os dogmas da Escola de Kiel, Heleno Cláudio Fragoso esclarece:

O direito penal da vontade (Willensstrafrecht), que esta Escola fundou, afirmava que a teoria do bem jurídico era consequência do liberalismo do século XIX, incabível num estado autoritário, em que o crime é essencialmente violação de um dever de obediência ao Estado. Tratava-se de um processo de subjetivação do direito penal, no qual se atribuía à vontade a primazia na elaboração doutrinária, de sorte que o bem jurídico aparecia como um aspecto materialista, absolutamente secundário²⁵⁰.

que se afirme querer fazer dogmática penal ‘realista’” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Versão portuguesa do original do italiano Diritto Penale (Parte Generale)*. Campinas, Red Livros, p. 161).

²⁴⁸ JUNIOR, Miguel Reale. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 23-24.

²⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. da 2ª ed. Alemã, por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 55-56.

²⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 41

Os alemães Friedrich Schaffstein e George Dahm idealizaram o delito com base no Direito Penal do autor – “*Taterstrafrecht*” - ou Direito Penal da vontade – “*Willensstrafrecht*” -. Assim, o âmago do delito não é apreciado na incidência típica sobre bens jurídicos, mas sim constituída pelo espírito reprovável do autor que transgride os sentimentos e valores coletivos da comunidade. Assim, considera-se a pessoa do autor em vez de sua conduta para efeito de proteção penal.

Apresentando a teoria de Friedrich Schaffstein²⁵¹, Paulo Vinicius Sporleder de Souza registra:

Para Schaffstein, o interesse do legislador em proteger certos bens jurídico-penais não pode ser apreciado de forma autônoma, pois aquele vem limitado ou completado pela relevância de outros fatores preponderantes e transcendentais. Assim, embora não negando que constitui tarefa essencial do ordenamento jurídico-penal proteger certos valores relevantes da sociedade, Schaffstein não considera admissível que o dogma da tutela de bens jurídico-penais seja o único Leitmotiv do legislador penal para a criação das figuras delitivas, pois junto a este aspecto existem outras questões relacionadas ao pensamento nacional-socialista que conduzem a uma necessária revisão histórico-dogmática daquela categoria. Ademais, diferentemente da sistemática clássica, que, assentada nos esquemas jurídico-naturais do Iluminismo, entendia o conteúdo do delito como ofensa ao objeto jurídico protegido, o pensamento nacional-socialista do direito penal estabelece como pedra básica a ideia do delito como violação de um dever (*Pflichtverletzung*)²⁵².

Por outro lado, entende George Dahm que a noção de direito deve ser entendida como ordenamento da vida do povo, uma realidade sentimental interna. O direito “não consiste num mero aglomerado de normas nem numa forma exterior do ser social, senão um ordenamento realista, vital e interno. Direito e vida não constituem conceitos contrapostos; direito é a realidade plena de sentido, não empírica. A sociedade não aparece regrada de fora; ela própria é portadora de sua própria lei. Resulta errôneo, por conseguinte, todo pensamento que estabelece como base o dualismo de valor e realidade, de dever-ser e ser. O delito não integra somente uma oposição à lei formal, mas também um ataque contra a ordem fundamental do povo, assim como contra a moral e a lei interna da comunidade. Representa uma oposição ao ordenamento autoritário estabelecido através do Estado, e, com isso, à lei interior da nação.

²⁵¹ SCHAFFSTEIN, Friedrich; DEVESA, José Maria Rodriguez. **La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo**. Instituto de estudios políticos, 1957.

²⁵² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supraindividuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 96.

A natureza do injusto não pode ser vista no contraste de interesses e de objetos de tutela, senão na rebelião contra a comunidade e a sua lei interna”²⁵³. Este regresso do fato ao autor e do tipo à vontade corresponde a uma maneira de pensar que não vê a essência do delito na violação de um ordenamento externo e de singulares bens jurídicos, mas sim na própria fragmentação da sociedade.

Já Wilhelm Gallas constatou que essa modificação metodológica apresentava feição ideológica. Se por um lado a categoria bem jurídico surge atrelada ao modo de pensar individualista-liberal, “o ideal nacional-socialista do direito penal determina-se agora mediante a unidade entre a comunidade e seus membros”. Segundo a visão de Gallas, “a essência do delito baseia-se no carácter perturbador da coletividade e não mais em ataques a bens juridicamente protegidos, pois nem todos os tipos do Código Penal, então vigente naquela época, ofendiam necessariamente bens jurídicos”²⁵⁴.

Merece destaque ainda, Edmund Mezger, figura expoente que prevaleceu durante o nazismo na Alemanha. Nas palavras de Francisco Muñoz Conde,

Edmund Mezger foi um dogmático importante durante o nacional-socialismo (...), suas sisudas elucubrações se encaminharam a partir de 1933 a configurar e interpretar o Direito Penal segundo os postulados nazistas. Assim, por exemplo, desde um primeiro momento, ocupou-se de demonstrar que a única fonte do Direito Penal e a única base de todas as elucubrações não podiam ser outras que a vontade do Führer²⁵⁵.

Para Mezger, portanto, a única limitação à intervenção do Estado no Direito Penal era a simples vontade do ditador²⁵⁶. Aliás, na ideologia nazista a lei era a vontade do Führer, tendo em vista que “sendo um ato do Führung (poder do Führer) e este constituindo uma atribuição pessoal do Führer, acaba sendo poder pessoal do chefe ditar a lei como fonte de direito”²⁵⁷.

Logo, o Direito Penal não deveria lastrear a sua atuação tomando por base o resultado, mas sim a vontade do agente. Mais uma vez, Francisco Muñoz Conde referindo-se à Mezger

²⁵³ DAHM, Georg, et al. *¿ Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*. Ediar, 2011

²⁵⁴ GALLAS, Wilhelm. *La estructura del concepto de ilícito penal*. Trad. Francesco Angioni. Rivista di Diritto e Procedura Penale, 1982.

²⁵⁵ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo* – Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4ª ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 80.

²⁵⁶ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio*. Parte general. I. Olejnik, 2019.

²⁵⁷ JUNIOR, Miguel Reale. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

dispõe:

“Sua paixão pelas novas propostas jurídicas do nacional-socialismo chega a tanto que, apesar de ter sido dito muitas vezes o contrário, Mezger propõe ideias muito próximas ao Direito Penal da vontade, tão representativo do regime nazista e dos penalistas mais afins a ele, como eram os integrantes da ‘Escola de Kiel’ (Dahm e Schaffstein)”²⁵⁸.

Nessa visão, o crime tentado deveria ser punido como crime consumado, tomando como premissa a simples vontade do agente. Aliás, foi Mezger quem idealizou a ideia do crime de perigo abstrato²⁵⁹, conceito amplamente desenvolvido pelos seguidores da Escola de Kiel.

Durante a vigência do regime nacional-socialista era permitido, ainda, o uso da analogia no Direito Penal, inclusive para criar condutas puníveis, além do que a interpretação da norma penal foi completamente remodelada para permitir sua aplicação segundo o “sentimento” do povo alemão. “A analogia é adotada segundo a ideia de que deve ser punível toda a ação de acordo com o pensamento fundamental de uma lei penal, por ser esta expressão do querer comunitário”²⁶⁰.

Segundo Miguel Reale Júnior, à época estudada, o princípio da legalidade – “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*” – é “substituído por uma concepção material, segundo a qual a configuração do delito depende do espírito da lei ou do seu sentimento do povo, como o que se consagra o princípio *nullum crimen sine poena*”²⁶¹.

Apesar de parecer distante da nossa realidade, fato é que a Escola de Kiel ainda exerce certa influência no Direito Penal. Alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro refletem a tendência de punir a tentativa da mesma forma que o crime consumado, como, por exemplo, o artigo 352 do Código Penal (Evasão mediante violência contra a pessoa: “*Evadir-*

²⁵⁸ MUNÕZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo** – Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4ª ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 81.

²⁵⁹ Criou-se cinco espécies de delitos: o de dano (referente a lesões a um interesse tutelado pelo Direito Penal); o de agressão (delitos de mera conduta), o de preparação (considerados inadmissíveis, pois tutelariam atos preparatórios), de perigo abstrato (que também considera inadmissíveis, pois, haveria a mera tutela da possibilidade de perigo) e os de perigo concreto (a consumação refere-se a um perigo direto e imediato a um bem jurídico, semelhantes aos delitos formais). Hungria diferencia esses dois tipos de crimes. Para ele, os crimes dolosos de perigo consumam-se com o próprio perigo, havendo o dolo específico. Já os formais, exaurem-se com o dano, sendo necessária a presença do dolo de dano. (HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal**, vol. I, tomos V, Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp.382-3)

²⁶⁰ JUNIOR, Miguel Reale. **Teoria do Delito**. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 25.

se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa”); e os artigos 309 (“Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem”), 312 (“Violar ou tentar violar o sigilo do voto”) e 317 (“Violar ou tentar violar o sigilo da urna ou dos invólucros”), do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65).

- As teorias contemporâneas

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, renasce a preocupação com o conceito de bem jurídico na tentativa de se estabelecer, como fizeram Birnbaum e Liszt, limites ao direito de punir do Estado. Nos ensinamentos de Antônio Carlos da Ponte, resgata-se “a ideia de que o bem jurídico-penal está vinculado a uma garantia do homem”²⁶².

Nesse estágio da história, pós-guerra mundial, Hans Welzel alterou substancialmente o que se compreendia por bem jurídico até então. Para ele, o bem jurídico estava além do Direito e do Estado, podendo ser definido “como ‘todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões’, mas com vistas em toda ordem jurídico-social”²⁶³.

Welzel, precursor da teoria finalista, apresenta uma tutela penal pautada em valores elementares de natureza ético-social, fundamentada na “consciência jurídica existente formando o substrato ético-social positivo das normas jurídico-penais, cuja incumbência reside, portanto, na garantia do respeito a tais valores”²⁶⁴.

A tese defendida por Hans Welzel reavalia a importância da atividade de “proteção de bens jurídicos”, pois, no seu entender, a função crucial do Direito Penal:

não é a atual proteção de bens jurídicos (...). Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores do ato [Aktwerte] da consciência jurídica”. (...) “só assegurando os elementares valores sociais de ação se pode lograr uma proteção dos bens jurídicos realmente duradoura e eficaz. (...) Missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação

²⁶² PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 148

²⁶³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**, p. 5. apud PONTE, Antônio Carlos da. *Ibidem*, p. 148.

²⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, M. **El Bien Jurídico en el Derecho Penal**. Sevilla: Anales de la Universidad Hispalense/Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 226-227.

ético-sociais²⁶⁵.

Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde ponderam que Welzel situa a proteção de bens jurídicos em um plano mais amplo, social, e não como missão única do Direito Penal, pois temia uma sobrevalorização do resultado na determinação do justo e do injusto penal, segundo o grau de danosidade ou de utilidade social, o que acarretaria uma funcionalização dos valores fundamentais de um ponto de vista puramente quantitativo. Assim, por exemplo, o respeito à dignidade humana ou à vida são valores jurídicos relevantes que não admitem uma quantificação “econômica” e muito menos um intercâmbio com outros valores. A proteção dos valores ético-sociais de atitude interna não exclui a dos bens jurídicos, ambos situando-se em diferentes níveis, os primeiros como condição de possibilidade dos últimos. O Direito Penal estabiliza os valores ético-sociais de atitude interna de forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os princípios da legalidade e de proteção de bens jurídicos²⁶⁶.

Hodiernamente, as teorias buscam “fundamentar o bem jurídico desde a política criminal. Ou seja, vincula-se à teoria do bem jurídico aos fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado”²⁶⁷. Nesse diapasão, apresentam-se duas orientações: a sociológica e a jurídico-constitucional.

Na vertente sociológica destacam-se os posicionamentos de Knut Amelung e Winfried Hassemer. Para Amelung, o Direito Penal deve ser estruturado com base num conceito de “*danosidade social*”, portanto, o bem jurídico está imbuído nessa definição. Segundo Hassemer, “o bem jurídico deve ser definido genericamente como interesse humano que necessita de proteção jurídico-penal”²⁶⁸. Sobre as concepções de Amelunge e Hassemer, Juan Bustos Ramírez distingue:

(...) para Amelung, os bens jurídicos que surgem da vida social, são de caráter

²⁶⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. 11 ed. Trad. Bustos Ramirez/S. Yáñez Perez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 3-5.

²⁶⁶ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 101-102.

²⁶⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 48-49.

²⁶⁸ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 112.

funcional ao sistema, isto é, qualquer coisa pode adquirir o caráter de bem jurídico, com o qual o conceito perde toda significação, pois segundo isso não pode implicar limite algum. Para Hassemer, em contrapartida, os bens jurídicos têm que ser considerados desde um ponto de vista político criminal geral, mas com isso regressa em grande parte aos limites já propostos em relação com o critério da necessidade da intervenção, com o qual novamente o bem jurídico como tal, perde sua significação própria. Em todo caso, ambos autores têm o mérito de ter reiniciado com grande profundidade o caminho assinalado por Von LISZT²⁶⁹.

Na vertente jurídico-constitucional, destacam-se alguns autores, como Jorge de Figueiredo Dias, Márcia Dometila Lima de Carvalho, Helena Regina Lobo da Costa e Claus Roxin. Todos são defensores de que é a norma constitucional (e não a norma penal) que determina quais são os bens jurídicos objetos de tutela penal.

Jorge de Figueiredo Dias enxerga na “Constituição um padrão de referência da valoração social a respeito dos seus interesses e nesse filtro tenta embasar sua seleção de bens jurídicos”²⁷⁰.

Márcia Dometila Lima de Carvalho sustentando a necessidade de inferência no texto constitucional os bens que demandam tutela penal, expõe:

Pois bem, partindo-se de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos de justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados²⁷¹.

Helena Regina Lobo da Costa sopesa que o conceito de bem jurídico somente pode abarcar os elementos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, desde que exista previsão constitucional de proteção aos referidos elementos²⁷².

Claus Roxin estabelece o Direito Penal a partir da concepção de bem jurídico e partindo da Constituição determina que:

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição. Por tanto, um

²⁶⁹ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. 3ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 31- 32.

²⁷⁰ DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Questões fundamentais do direito penal revistadas**. Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

²⁷¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 33.

²⁷² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental: Viabilidade – Efetividade - Tutela por Outros Ramos do Direito**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

conceito de bem jurídico vinculante político criminalmente só pode se derivar dos encargos, definidos na Lei Fundamental, de nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se lhe marcam seus limites à postura punitiva do Estado²⁷³.

Esse critério de definição parece ser o mais congruente, justificando a atuação do Direito Penal com o conceito de bem jurídico avaliado à luz da Constituição Federal, a qual funcionará não apenas como limite, mas como fundamento do Direito Penal²⁷⁴. Essa especial relação entre bem jurídico penal e Constituição, permite que a lei penal sofra determinadas limitações, mas, em outras situações, provoca alterações visando a uma tutela penal mais eficiente. Esse processo de avaliação constitucional do Direito Penal pode promover a despenalização de determinados comportamentos, e por outro lado, a tipificação de novas condutas criminais, trabalhando verdadeiramente como baliza de freios e contrapesos.

Ao valorizar esse duplo papel – limite e fundamento – da Constituição Federal sobre o Direito Penal, Maria da Conceição Ferreira da Cunha defende que ao mesmo tempo em que a Constituição contempla os princípios fundamentais de defesa do sujeito frente ao poder do Estado, em outros momentos, preocupa-se:

com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efetivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõem) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência consagra)²⁷⁵.

²⁷³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid, Civitas, 2006, p. 55-56.

²⁷⁴ Importante mencionar a posição da corrente minoritária do funcionalismo sistêmico. JAKOBS, inspirado em LUHMANN, afirma que o Direito Penal possui como escopo primordial a reafirmação da norma, no sentido de que o Direito Penal não tem a função de proteger bens jurídicos. Segundo a referida sistematização, o direito constitui um sistema social composto de normas, as quais geram expectativas quanto ao seu cumprimento. Nega-se, por conseguinte, a função limitadora do bem jurídico. Em síntese, JAKOBS considera que tanto a retribuição como a prevenção, de modo isolado ou em conjunto, configuram pontos de partida insuficientes. (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría da imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 54-56).

²⁷⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995, p. 273. Neste mesmo trabalho, mais adiante, a autora reforça tal concepção ao colocar que a “Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (ou acusado de tal), mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade. Assim como teria legitimidade para conter o poder criminalizador, autorizando-o apenas à tutela de objetos legítimos, teria também legitimidade para lhe impor um âmbito mínimo irrenunciável de tutela” (Op. cit., p. 307).

Esclarecedora a afirmação de Antônio Carlos da Ponte:

É muito mais útil um bem jurídico-penal ligado à Constituição, que por sua vez deve estar fundada em direitos e garantias fundamentais, do que simplesmente abandonar essa postura em respeito ao acolhimento de conceitos vagos, impassíveis de individualização²⁷⁶.

À guisa de conclusão, pode-se conceituar bem jurídico penal como todo bem ou interesse de relevância jurídico-penal, qualificado e delimitado de acordo com os valores e princípios imbuídos na Constituição Federal, e para os quais os outros ramos do Direito são insatisfatórios para promover uma tutela efetiva.

É fato que o constituinte buscou estabelecer uma série de garantias e liberdades ao cidadão, colocando o Direito Penal na condição de “*ultima ratio*” para determinados assuntos – levando-se em conta o modelo de Estado Democrático de Direito. Entretanto, não se pode esquecer, por outro lado, que no corpo da Constituição há um conjunto de matérias sobre as quais a atuação do Direito Penal é imprescindível.

3.4. Os Mandados de Criminalização

As constituições programáticas (diretivas ou dirigentes) se caracterizam por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos²⁷⁷. A Constituição Federal de 1988 é um exemplo de constituição dirigente, pois deixa de atuar como mero estatuto delimitador do poder, e repleta de normas programáticas, passa a reconhecer eficácia imediata de suas normas e a conseqüente vinculação do legislador aos seus comandos.

E partindo desse conceito de constituição dirigente, desenvolveu-se a teoria das “cláusulas de criminalização”, ou mandados de criminalização, os quais, na lição Antônio Carlos da Ponte, “indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”²⁷⁸.

²⁷⁶ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p.151.

²⁷⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed, p. 113.

²⁷⁸ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p.152

Luciano Feldens conceitua como "obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente"²⁷⁹.

Aduz Fabíola Moran que o texto constitucional de 1988 direciona o Direito Penal, na medida em que funciona como agente limitador à atividade perfil do Direito legislativa, ao mesmo tempo em que fornece em seu texto diretrizes específicas sobre a necessidade de proteção especial de determinados bens e valores, assim denominados bens jurídicos. Essa assertiva é corolário lógico da dinâmica concebida pelo modelo tradicional de Justiça Penal detentor da dupla missão de respeitar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los²⁸⁰.

Sobre o assunto, novamente Luciano Feldens:

Essa dupla missão acometida ao Estado é o retrato da multifuncionalidade que assumiram os direitos fundamentais, agora vistos não apenas como *direitos de defesa* (de resistência, contra o Estado), mas, também, como *imperativos de tutela* (exigência de proteção, por meio do Estado)²⁸¹.

Antônio Carlos da Ponte ensina que o reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização deu-se na Alemanha, em 25 de fevereiro de 1975, por meio de uma decisão da Suprema Corte daquele país que reconheceu a inconstitucionalidade da norma que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação. Foi consignado que, quando o bem protegido, apesar de preponderante na ordem constitucional, não contar com previsão expressa de criminalização, é reconhecida como débil, insuficiente ou ineficaz a proteção devida²⁸². Já no Brasil, Alexandre Rocha Almeida de Moraes afirma que o Supremo Tribunal Federal se posicionou, pela primeira vez, sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 418.376/MS, tratando da proibição de proteção deficiente de bens jurídicos²⁸³.

A determinação de um direito fundamental passível de proteção e o dever de utilização da norma penal para garantia desse direito estão no âmbito de atuação legítima do Constituinte,

²⁷⁹ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 75.

²⁸⁰ MORAN, Fabíola. *Ingerência Penal & proteção integral à vítima*. 1ª Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 55.

²⁸¹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44.

²⁸² PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p.164.

²⁸³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. Revista Jurídica ESMP-SP. V.5, 2014. p. 43-68. p. 57/58.

conforme entendimento de Jürgen Schwabe²⁸⁴.

A existência de mandados de criminalização não faz diminuir a importância dos princípios da ofensividade, subsidiariedade e intervenção mínima, que são subprincípios da proporcionalidade. O que ocorre é que essa análise é retirada do plano do poder legislativo e realizada pelo próprio poder constituinte, quando da formação do Estado²⁸⁵.

Assim, os mandados de criminalização visam instituir determinados bens em que o legislador não tem outra opção senão tutelá-los na seara penal. Registra-se, destarte, que essas obrigações de penalização não limitam o legislador infraconstitucional, o qual pode eleger outros bens como passíveis de tutela penal, desde que sejam avaliados em conformidade com os valores e princípios consagrados na Constituição.

Com a evolução dos direitos, assim reconhecidos como de primeira, segunda e terceira geração, subsiste, contudo, a indagação a respeito da verdadeira função dos mandados de criminalização, questionando se devem fundamentar a busca pela realização da justiça social ou funcionar na proteção de direitos e garantias individuais.

Em relação a essa questão, Márcia Dometila Lima de Carvalho frisa que o bem jurídico amparado pela norma penal deve ser graduado como os valores constitucionais de maior relevância relacionados à promoção da justiça social. Nas palavras da autora:

Significa, isto, que a superioridade normativa no Direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal, e, mais ainda, que na tipificação delitual o acento deve ser dirigido para a proteção do valor constitucional maior, ou seja, para a justiça social.

E mais adiante conclui: “Por outro lado, obedecendo-se ao necessário processo de penalização, tipifica-se todo fato grave, fomentador da injustiça social, que a Constituição pretende eliminar”²⁸⁶.

Antônio Carlos da Ponte, ao tratar das funções do instituto em estudo, afirma que o tema está muito mais ligado à justiça social, com uma justificativa simplista: “sem proteção aos

²⁸⁴ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Henning. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 271.

²⁸⁵ PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. **Mandados de Criminalização decorrentes de Tratados de Direitos Humanos**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2011. p. 106.

²⁸⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 83.

direitos e garantias individuais, considerados de forma ampla, não há Justiça Social”²⁸⁷. O autor defende que, diante das novas formas de criminalidade existentes, cujo enfrentamento passa necessariamente pela flexibilização de algumas garantias constitucionais, deve-se orientar o papel dos mandados de criminalização igualmente na busca do valor maior, representado pela Justiça social. Nesse sentido, arremata:

O respeito aos direitos e garantias individuais deve atuar como ferramenta apta à garantia da Justiça Social em um Estado Democrático de Direito que conte com um sistema punitivo que, sem descuidar de sua face garantista, assegure a consecução de políticas públicas criminais que permitam a convivência pacífica e harmônica em sociedade²⁸⁸.

São mandamentos que visam garantir uma finalidade estatal de forma duradoura, independentemente das modificações periódicas de governos impostas por eleições gerais. Em outras palavras, são normas que tem por objetivo, promovendo valores substanciais à proteção da dignidade da pessoa humana, impedir que o legislador ordinário seja afetado por influências antidemocráticas e promova mudanças contrárias às políticas públicas relevantes já estabelecidas.

Ao tratar sobre mandados de criminalização, portanto, pode-se afirmar que estes são, antes de tudo, mandados de proteção constitucionalmente definidos e orientados à preservação de determinados interesses, bens e valores, relevantes para a constituição e preservação do Estado Democrático de Direito. Como resultado, o Direito Penal deve ser examinado sob o prisma de um garantismo positivo, o que significa afirmar, na leitura de Lênio Streck, que “[...] quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula-proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)”²⁸⁹.

A proporcionalidade tem, portanto, fundamento constitucional na fórmula política de Estado de Direito e emana das normas de direitos fundamentais vinculantes ao legislador. Na sua acepção negativa, informa a impossibilidade de excesso na ação legislativa, ao mesmo tempo em que, no sentido positiva, proíbe a proteção deficiente (adequada e necessária) de determinados bens jurídicos. Antônio Carlos da Ponte enuncia que:

²⁸⁷ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 187

²⁸⁸ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 188.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição**: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, v. 80, 2004, p. 303-345.

o princípio em apreço trabalha diretamente com o conceito de Justiça em um Estado Democrático de Direito, apontando as infrações penais que não são passíveis de prescrição, aquelas consideradas de extrema gravidade por parte do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, proibindo a adoção de determinadas penas e exigindo a individualização das permitidas, com o que assegura o controle da própria ação estatal²⁹⁰.

Utilizando-se desse raciocínio para a questão da vítima no âmbito do Direito Penal material, verifica-se manifesto vínculo com a temática dos bens jurídicos. Isso porque, o Direito Penal, com suas normas e sua vigência, não é o beneficiário único da proteção dos bens jurídicos, mas também a vítima, eis que, como bem define Winfried Hassemer, em última análise toda e qualquer conduta que se amolde ao conceito de crime engloba uma pessoa individual (ou uma quantidade difusa de pessoas) que suporta(m) as consequências mediatas ou imediatas de tal ação ou omissão²⁹¹. Vítimas, portanto, são atingidas, de forma indistinta, quando se trata da violação de bens jurídicos que tutelam seus direitos individuais (direitos de primeira dimensão), bem como pelas condutas que implicam lesão ou ameaça de lesão aos valores atrelados aos direitos sociais, culturais e econômicos (de segunda dimensão), e os de natureza difusa e coletiva (de terceira geração).

3.5. Os bens jurídicos supraindividuais

Constantemente em metamorfose, a sociedade padece com severas transformações desde as revoluções modernas, tais como, a revolução francesa, industrial e a tecnológica²⁹². A partir da década de 1990, o processo de globalização²⁹³ caracterizou-se pelo avanço da

²⁹⁰ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 79-80.

²⁹¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 122

²⁹² “Essa mudança, ainda tímida no século XVII, foi realmente acelerada nos séculos XIX e XX, principalmente considerando as grandes revoluções dos tempos modernos, tais como, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial e a revolução tecnológica, tanto mecânica quanto elétrica, que acabaram por mudar a estrutura social, aceleraram o ritmo da vida e “bombardearam os sentidos com novos e inumeráveis estímulos.” BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**: séculos XVII e XVIII. v. I. Lisboa: Edições 70, 1990. p. 37.

²⁹³ “A globalização está intimamente ligada ao pós-modernismo, possuindo uma problemática relacionada, porém relegada pelas diversas comunidades científicas. A infundada diáspora entre a globalização e o pós-modernismo decorre da preferência do público que as estuda, economistas em relação à primeira; filósofos e sociólogos quanto ao segundo. Em um estudo jurídico como este, torna-se de menor relevância a nomenclatura que se utiliza para

comunicação e interação mundial. Neste sentido, a globalização revela a internacionalização das relações entre os povos, mais precisamente, entre as culturas e seus Estados soberanos. Leandro Sarcedo assegura: “Há um fluxo antes inimaginável de informações, de ideias, de conhecimentos tecnológicos e científicos, bem como de capitais ao redor do planeta”²⁹⁴, gerando novas possibilidades de conflitos transnacionais.

A afirmação de Basileu Garcia de que “fatos considerados crimes numa época não o são em outra”²⁹⁵ ecoa com naturalidade, entretanto, estaria o Direito Penal apto a tutelar e proteger fatos e bens que a ‘pós-modernidade’ tem-lhe mostrado como demandas necessárias?

Clóvis Bevilacqua já dizia que “*o crime também luta para viver. Resiste, modifica-se, transforma-se, adapta-se às novas condições, se adelgaça ou se contrahe, segundo as necessidades, porém persiste ainda que combatido*”²⁹⁶.

A proteção penal de bens jurídicos supraindividuais (difusos e coletivos), integra o cenário da expansão do direito penal, presente, de forma mais acentuada, na segunda metade do século XX, quando novos bens jurídicos foram reconhecidos pela política criminal e passaram a constituir objeto de tipificação no Direito Penal.

Os direitos difusos e coletivos²⁹⁷, também denominados fundamentais de terceira dimensão, são oriundos das alterações da sociedade e das mudanças no cenário da comunidade internacional, resultantes do avanço tecnológico e científico e da sociedade de massa, fatores que impuseram relevantes modificações nas relações sociais e econômicas, baseando-se nas

denominar um determinado fenômeno que apresenta aspectos econômicos, sociais e jurídicos simultaneamente.” ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.195

²⁹⁴ SARCEDO, Leandro. **Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional**. São Paulo: Alameda, 2012, p. 74.

²⁹⁵ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, Tomo I, p. 18.

²⁹⁶ BEVILACQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 58

²⁹⁷ De acordo com Gianpaolo Poggio Smanio, a diferenciação conceitual entre bens jurídicos difusos e coletivos advém da doutrina civil. São denominados coletivos aqueles bens ou interesses comuns a uma coletividade de pessoas determinada de acordo com o vínculo jurídico definido que a distingue. São, portanto, relacionados aos fins institucionais de determinado agrupamento, que une os seus associados por um vínculo jurídico e concernem a um número determinável de pessoas, as quais podem ser identificadas por meio da própria relação jurídica que as une. Interesse difusos, de outro lado, são essencialmente indivisíveis e dizem respeito a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível e relacionadas entre si por um vínculo fático. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 20.

premissas maiores da solidariedade e da fraternidade²⁹⁸. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso:

São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização, necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço²⁹⁹.

Hugo Nigro Mazzilli conceitua esses direitos “como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”³⁰⁰.

O fenômeno da expansão do Direito Penal projetado por Jesús-Maria Silva Sánchez é retrato do "nascimento" desses novos interesses - erigidos à categoria de bens jurídicos pelo Direito Penal - ou mesmo da nova valoração de interesses já existentes³⁰¹. Fato é que Direito Penal tradicional é insuficiente para tutelar satisfatoriamente tais interesses, havendo necessidade de adoção de uma política criminal diferenciada³⁰². Sobre essa tendência pondera Renato de Mello Jorge Silveira:

A Política Criminal de hoje não mais pode ser comparada com a do passado, mesmo um passado recente. Os problemas da moderna criminalidade, bem como as alterações por que tem passado o mundo nos últimos anos, impõem uma reflexão profunda. As criminalidades econômicas e ecológicas, o contrabando de drogas, as

²⁹⁸ Sobre a legitimidade do Direito Penal Econômico: “*Afirma el autor que el Derecho penal económico presta una contribución legítima a la protección de bienes jurídicos también cuando no protege bienes jurídicos individuales. Concluye el autor que: solo es aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad pero no en atención al bien jurídico penal supraindividual protegido, respecto del cual debe probar su lesión*”. PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. **La política criminal en Europa**. Atelier, 2004., pág. 31

²⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – Conceito e Legitimação para Agir**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1994. p. 114-115

³⁰⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 50.

³⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27

³⁰² “*La realidad jurídica es un hecho social, y como tal, estructuralmente complejo. La ciencia jurídica se comprende como parte del universo social y como su subsistema, que tiene como entorno otros, como el político o el económico. En palabras de Luhmann, sólo se puede concebir al Derecho como un sistema social, si se toma en cuenta el hecho que este sistema es un subsistema de la sociedad y existen otros*”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y Derecho penal**: culpabilidad y pena em uma teoria constructivista del Derecho penal. Granada, Comares, 2005, pp. 126-150.

lesões constatadas em diversos consumidores por falhas em produtos industrializados são apenas algumas facetas da nova criminalidade relativa aos interesses difusos, a qual necessita de respostas outras, que não somente as tradicionais³⁰³.

Pedro Henrique Demercian defende o estabelecimento de uma política criminal racional, preponderando uma atuação preventiva menos custosa socialmente, para uma investigação e repressão mais eficientes. Nesse sentido:

No contexto da pós-modernidade (novos bens alçados à proteção jurídico-penal, globalização e revolução dos meios de comunicação), frente às novas formas de criminalidade que muito se distanciam do modelo clássico de inspiração iluminista (criminalidade organizada transnacional, terrorismo, criminalidade econômico-financeira) e, sobretudo, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a política criminal (política legislativa, do sistema de segurança e agentes do sistema de justiça), tem o dever de ser construída orientada para as consequências, com critérios mínimos de racionalidade e eficiência³⁰⁴.

A vítima difusa, enquanto sujeito passivo indeterminado, encontra-se no contexto dos crimes multivitimários ou vagos, os quais se prestam à tutela de bens jurídicos pertencentes a toda a coletividade. Ainda que sejam vítimas não passíveis de identificação, não podem ser reputadas por inexistentes. Nesse ponto, acertada a observação de Ana Sofia Schmidt de Oliveira no sentido da impropriedade da expressão "crimes sem vítima", utilizada por Antônio García-Pablos De Molina, ao se referir aos delitos em que não se faz possível a identificação individualizada do titular do bem jurídico protegido pela norma penal. Isso porque, de tal assertiva se deduziria erroneamente que o interesse tutelado não pertence a ninguém³⁰⁵.

Nesse contexto, a proteção penal de bens jurídicos coletivos dialoga, em sentido amplo, com a ideia de risco, com a proibição de condutas perigosas, como forma de uma política criminal dos Estados que almeja mais segurança³⁰⁶, com o uso da técnica de tipificação do perigo abstrato como forma de prevenção do dano, conforme decisão do

³⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3, p. 168.

³⁰⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Colaboração Premiada e a Lei das Organizações Criminosas**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 09, 2016, p. 27.

³⁰⁵ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 82.

³⁰⁶ MULAS, Nieves Sanz. **El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI**: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 106, p. 115-152, abr. 2012, p. 125.

Supremo Tribunal Federal³⁰⁷.

Esse paradigma pós-moderno, que muitas vezes implica no afastamento das relações diretas entre vítima e autor, impõe novos desafios ao Direito Penal, uma vez que as vítimas difusas, assim como as vítimas individuais, demandam por proteção, em seu sentido amplo. Sua consideração, contudo, deve ser desapegada do plano naturalístico (e do conceito restrito de sujeito passivo), de modo a contemplar todas as hipóteses vitimais relacionadas ao dano ou abalo decorrentes do fenômeno do crime.

A relevância outorgada pela sociedade a um bem jurídico parece um bom ponto de partida para construção da proteção na seara penal. É certo que a referida valoração compete ao legislador no campo político-criminal. Nesse diapasão, quando se trata dos bens jurídicos supraindividuais, há necessidade de mudanças profundas no ordenamento jurídico e de transformação da dogmática penal³⁰⁸.

O Direito Penal de cunho meramente dogmático é ferramenta inoperante para a salvaguarda dos bens difusos e coletivos, que exigem um arcabouço normativo jurídico próprio para o enfrentamento das condutas que lhe são danosas ou que simplesmente expõem a perigo de dano. Aliás, a tutela que se afigura necessária no caso de interesses metaindividuais é justamente a preventiva, pois, fica evidente que nessa área o escopo principal é evitar o dano ou a lesão ao bem jurídico.

De qualquer modo, já ponderava Winfried Hassemer, que não é o agravamento dos meios e das penas que irá conferir mais idoneidade à proteção ambicionada, a qual também

³⁰⁷ Apesar de doutrina em contrário no Brasil (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 177), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem confirmado a possibilidade da tipificação do perigo abstrato, principalmente, para a tutela preventiva dos bens jurídicos supraindividuais; que o legislador pode utilizar o recurso da tipificação do perigo abstrato, como forma de tutela preventiva em matéria penal; que a referida escolha não se apresenta como inconstitucional; e que compete ao julgador analisar a proporcionalidade da sanção penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 104.410/RS. Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. [...] 2. Crimes de perigo abstrato. porte de arma. princípio da proporcionalidade. [...] 3. Legitimidade da criminalização do porte de arma. [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 06/03/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206595/false>. Acesso em: 1 jul. 2021.

³⁰⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal racional**: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. Curitiba: Juruá, 2016, p. 139.

poderá ser atingida por outros métodos pertinentes, mas menos rigorosos que o direito penal³⁰⁹.

Nesse contexto, é conveniente lembrar quanto ao caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, ao qual não se pode reservar o papel de substituto de políticas públicas destinadas à correção de disfunções sociais. A prevenção de um delito por meio de um Direito Penal protetivo é medida útil e pertinente para o desenvolvimento de uma política de tutela suficiente, entretanto, não se pode permitir que o sentimento de insegurança e emergência³¹⁰ resultem na transformação do Direito Penal como único instrumento destinado a esse fim.

Nessa tendência de intensificação das normas jurídicas repressivas, Pablo José Cuesta Pastor admoesta que a própria função simbólica do Direito Penal será prejudicada pela deturpação de seu uso. Se a população tem a sensação de que sua insegurança é resolvida pela mera criminalização de condutas ou enrijecimento de penas, cria-se um sistema de criminalização baseado na casuística e em critérios irracionais, enfraquecendo-se, dessa forma, a legitimidade da intervenção penal³¹¹.

Outrossim, esse tipo de atividade legislativa, por si só, acaba aumentando a sensação de caos oriunda das efetivas atividades criminosas. Fica a aparência de absoluta necessidade de uma reação poderosa, unicamente passível pelo Estado, e, necessariamente através de seu ramo mais violento às liberdades do cidadão, o Direito Penal³¹². Dessa forma, cria-se uma

³⁰⁹ HASSEMER, Winfried, “**Crítica al Derecho Penal de Hoy**”, Bogotá: Universidad de Colombia, 1998, p. 55.

³¹⁰ Sobre esse assunto, Sérgio Gabriel Torres apresentou a tese “O Direito Penal de Emergência” para obter o título de Doutor em Direito na Universidade De Salvador. Este trabalho de pesquisa expôs como os Estados se utilizam das políticas de emergência como ferramenta pelos grupos que estão no poder, impactando no campo do direito positivo afetando garantias e direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. O método utilizado foi a análise de discursos do Poder legislativo, através da mídia de massa, concluindo que por meio dos argumentos de emergência os fatos são mostrados criminosos e resultam céleres respostas políticas”. TORRES, Sergio Gabriel. **Derecho Penal de emergencia**. 2007. Tese de Doutorado. USAL.

³¹¹ PASTOR, Pablo José Cuesta. **Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico**. 1999. Tese de Doutorado. Universitat de València, p. 30.

³¹² Juarez Tavares afirma que todo o sistema penal estaria ligado ao mito da proteção do bem jurídico e da ideologia da repressão, vinculada à pena, como garantia da ordem. A pena estaria ligada a um fator ideológico de sedimentação do sistema. Os dois elementos estariam presentes tanto no Estado moderno quanto nas ditaduras. Haveria a criação tanto de um mito, a proteção de bens jurídicos, como de um monstro, a criminalidade invencível. Tavares entende que a necessidade de se enfrentar o monstro levaria à justificação da violência do sistema de poder contra o indivíduo. Considera que a política criminal seria apenas uma falácia, mero discurso garantista diante de uma legislação autoritária. Conclui pela impossibilidade de limitação do poder, mesmo sem qualquer dissimulação quanto aos elementos de composição de tal mito. Acredita que as normas penais no Estado moderno seriam completamente sem embasamento empírico, já que o bem jurídico não passa de figura de linguagem, sem capacidade crítica. Tavares traz uma visão pessimista do sistema penal, o qual seria um instrumento capaz de sustentar um poder autoritário dentro do Estado Democrático. Busca a negação do mito para que ele não seja mais aceito, permitindo que o indivíduo evolua para o autorreconhecimento, livre de um sistema autoritário. TAVARES,

sensação de pânico social, o que legitima o Estado às intervenções penais mais intrusivas na sociedade contemporânea.

Esse direito penal simbólico parece não se incomodar com efetiva eficiência da tutela penal, mas apenas com a aparência do controle social. Jesús-Maria Silva Sánchez entende que a opção pelo Direito Penal estaria ligada à recepção positiva de tal recurso pela opinião pública, fazendo com que a população confie no funcionamento do ordenamento jurídico, isto é, relacionando-a com a teoria da prevenção geral. Contudo, adverte o autor que tal eficiência é meramente aparente, servindo apenas para satisfazer momentaneamente o sentimento de insegurança dos indivíduos. Nesse caso, estaria o Direito Penal transformando-se em um mecanismo simbólico e instrumental, baseado na prevenção geral, com apenas aparência de eficiência, sendo, entretanto, ineficiente em sua missão preventiva³¹³.

Indubitavelmente, conforme enuncia Antônio Carlos da Ponte, “a criminalidade que atenta contra interesses difusos e coletivos, que exige a atuação do Direito Penal supraindividual, é o grande desafio do mundo contemporâneo”³¹⁴.

3.6. A proibição da proteção deficiente do bem jurídico

É sabido que o processo penal é o instrumento disponibilizado pelo Estado para o exercício do *ius puniendi* quando ocorre a violação da norma penal. Assim, como a Constituição Federal tem o objetivo de tutelar direitos e garantias fundamentais, “o Direito Penal e seu instrumento de aplicação, o Processo Penal, devem ser vistos em um marco protetor desses mesmos direitos fundamentais”³¹⁵.

Fundamentado na dignidade da pessoa humana, mas decorrente de um desdobramento do princípio da proporcionalidade, o princípio da vedação da proteção deficiente do bem

Juarez. **Mito e ideologia: objetos não manifestos do sistema penal**. Conferência proferida nas jornadas de Direito e Psicanálise da UFPR. Curitiba, 10 de junho de 2010, publicada in *Direito e Psicanálise*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.161-172.

³¹³ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p.53-55

³¹⁴ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 38.

³¹⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **A reforma do Código de Processo Penal sob a ótica do garantismo penal integral**. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª Ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 183.

jurídico possui um conceito dúplice, na medida em que proíbe a existência de excessos no que tange à restrição de direitos fundamentais, mas também assume uma dimensão positiva, diante de omissões estatais na tutela de direitos fundamentais, pois como observa Antônio Carlos da Ponte tal princípio “não se limita à proibição de excessos mas socorre também a obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição Federal em atenção aos mandados explícitos e implícitos de criminalização, e a observância a uma pauta mínima de Direitos Humanos”³¹⁶.

Tal princípio foi devidamente reconhecido e aplicado pelo Tribunal Constitucional alemão em uma decisão proferida versando sobre o crime de aborto, nas palavras de Luciano Feldens:

De acordo com essa proibição da proteção deficiente, as medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional no campo dos direitos fundamentais deveriam ser suficientes para oportunizar essa referida proteção adequada e eficaz, bem como estar assentadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações argumentativamente justificáveis (plausíveis). Segundo colhemos da decisão, caso não se pretenda violar a proibição de proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder às exigências mínimas.

A proibição de proteção deficiente encerra, neste contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retrato em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental (pensemos, v. g., na hipótese de despenalização do homicídio). Relaciona-se diretamente, pois, à função de imperativo de tutela que colore os direitos fundamentais, notadamente no que demandam para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção.

(...)

Em essência, mediante o recurso à proibição da proteção deficiente, pretende-se identificar um padrão mínimo de medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela³¹⁷.

Sobre a proteção deficiente, também são louváveis as lições trazidas por Carlos Bernal Pulido:

A versão do princípio da proporcionalidade, quando se aplica frente aos direitos de

³¹⁶ PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

³¹⁷ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 108.

proteção, denomina-se proibição da proteção deficiente (o *Untermaßverbot* da doutrina alemã). Este princípio se aplica para determinar se as omissões legislativas que não oferecem um certo nível de asseguramento dos direitos de proteção constituem violações destes direitos. Quando se interpretam como princípios, os direitos de prestação exigem que o legislador lhe outorgue *prima facie* a máxima proteção. Se este não é o caso – quando, pelo contrário, o legislador protege um direito somente de maneira parcial ou deixa de protegê-lo por completo – então a falta de proteção ótima deve ser avaliada sob o ponto de vista constitucional, mediante a proibição de proteção deficiente³¹⁸.

Pode-se afirmar, portanto, que a vedação da proteção deficiente determina que o direito fundamental deverá, obrigatoriamente, receber proteção adequada, não podendo o Estado se omitir na proteção de tais direitos. Tal discussão ganha especial relevância quando temos bens jurídicos tutelados pela norma penal, principalmente considerando o fato de que cabe à norma penal justamente a proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

Ao explicar o papel da vítima no sistema penal, Bernd Schünemann defende que a eficácia social da justiça penal se desenvolve em três planos, o que ele denomina de “modelo de três colunas”³¹⁹.

A primeira coluna consiste na proteção de bens jurídicos pela justiça penal, com a prevenção geral por meio da cominação da pena. Em outras palavras, a partir do tipo penal sancionador, procura-se impedir ações provocadoras de novos danos sociais, sendo que, nesse contexto, a vítima assume relevância na condição de titular do bem jurídico penalmente tutelado.

Nesse quesito, Bernd Schünemann afirma que a eficácia intimidatória da cominação penal atua em dois canais diversos: 1) “a pena eleva os custos da ação, de modo que um indivíduo que calcule de modo racional-egoísta renunciará à sua prática, se seus custos superarem os esperados benefícios. Este mecanismo encontra-se hoje no centro das atenções da chamada *Law and Economics*”; e 2) “é um meio de comunicação para esclarecer a reprovabilidade moral do fato delituoso”, tendo em vista que “um indivíduo que tenha sido regularmente socializado, internalizando as normas da sociedade, não quer mostrar-se diante dos demais e (principalmente) de si mesmo como uma pessoa digna de desprezo”³²⁰.

³¹⁸ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 133.

³¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **A posição da vítima no sistema de justiça penal: um modelo de três colunas**. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 112.

³²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **A posição da vítima no sistema de justiça penal: um modelo de três colunas**. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 112.

A segunda coluna diz respeito ao processo penal em si, pois quando a intimidação geral não é capaz de impedir a prática da infração, o autor do fato criminoso tem “primeiramente, de ser investigado e condenado, o que não é apenas um pressuposto necessário para a aplicação da sanção, mas um instrumento autônomo de prevenção”³²¹. Bernd Schünemann sustenta que, por vezes, o processo propriamente já é uma pena e que a audiência em si a respeito do fato e a reprovação moral decorrente são responsáveis por fortalecer os fundamentos morais do Direito Penal, levando-se em consideração a prevenção geral positiva. Aqui a vítima também desempenha papel fundamental, devendo ser reconhecida como sujeito de direitos, pois:

No processo penal tradicional, ou seja, naquele em que haja a imposição de uma pena criminal em sentido estrito, “é um erro dar à vítima a posição de parte ou próxima a ela no processo penal”. Tal conclusão se modifica substancialmente, porém, quando se pensa em substituir a pena pela reparação do dano, tendo em vista que “a reparação do dano somente pode ser realizada em cooperação com a vítima, de modo que, num processo que almeje a reparação, a vítima naturalmente toma a posição de parte processual”³²².

A terceira coluna apresentada pelo referido doutrinador consiste na reparação do dano, ocasião em que ele discorre sobre a questão atinente à possibilidade total ou parcial da substituição da pena pela reparação do dano. Embora reconheça a importância da reparação do dano, Bernd Schünemann adverte que “uma reparação do dano em substituição total ou parcial da pena leva a paradoxos, cuja total exclusão apenas será possível se o âmbito de aplicação desta composição autor-vítima for bem restringido”, estando, porém, adstrita ao campo da criminalidade menos grave³²³.

Jesús-María Silva Sánchez, em reflexões lançadas no artigo *Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor*, declara que, para a vítima, o exercício do *ius puniendi* pelo Estado, diante de um episódio criminoso que lhe tenha supostamente atingido, seria parte do “direito fundamental da tutela judicial efetiva”³²⁴. O referido doutrinador traz as

³²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **A posição da vítima no sistema de justiça penal: um modelo de três colunas**. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 117.

³²² SCHÜNEMANN, Bernd. **A posição da vítima no sistema de justiça penal: um modelo de três colunas**. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 119-120

³²³ Ibidem, o. 121-123.

³²⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor**. In:

conclusões do intelectual alemão Jan Philipp Reemtsma, o qual, após ter sido vítima de sequestro no ano de 1996, escreveu alguns artigos sobre o “direito da vítima ao castigo do autor”, reconhecendo que o Direito Penal não pode servir como instrumento para o exercício do direito de vingança da vítima, mas é importante para fins do que ele chama de “ressocialização da vítima”, ou seja, para o restabelecimento de sua dignidade:

[...] Com base no desejo de vingança (e ódio) que a vítima tem para com o perpetrador, confirma que o direito penal público não deve ser explorado para tais fins. No entanto, alerta que ainda há algo que pode e deve fazer: concretamente, prevenir a repressão dos danos imateriais sofridos pela vítima. Se não for declarado que o que aconteceu não deveria ter acontecido, o dano continua. Claro, isso não significa que tal intervenção processual seja suficiente para eliminar o trauma subjetivo da vítima pelo fato sofrido; mas pelo menos impede a ação penal objetiva de danos imateriais³²⁵.

Examinando mais a fundo a questão, Jesús-María Silva Sánchez diz que o Estado, como titular exclusivo do *ius puniendi*, não está compelido a decretar uma pena ao acusado em todos os casos, tendo em vista que a Constituição não outorga aos cidadãos um direito “fundamental” de obter condenações penais³²⁶. Ele destaca, ainda, que, enquanto não houver um processo em que o fato delitivo tenha sido provado, o que temos, na realidade, é apenas uma “vítima presumida”³²⁷. E deixa claro, contudo, que, embora não se possa defender que a vítima tenha direito à imposição de um “castigo” – no sentido de pena – ao autor, ela “teria o direito de que sejam aplicadas as normas legais que regulam o exercício do *ius puniendi* do Estado”³²⁸.

Para Jesús-María Silva Sánchez, a teoria do Direito Penal voltada para a vítima não teria, ao menos sob o viés clássico, natureza retributiva e nem preventiva, mas sim restaurativa,

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. En busca del Derecho Penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2015. p. 121

³²⁵ REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters** – als Problem. [s.l.]: Beck, 1999. p. 27 apud Ibid., p. 118.

³²⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor**. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. En busca del Derecho Penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2015. p. 120-121.

³²⁷ Segundo Jesús-María Silva Sánchez, “em todo caso, essa precisão é importante, pois destaca, por um lado, que o que às vezes se apresenta como direito das vítimas, seria apenas direito das supostas vítimas. Por outro lado, só é possível falar dos direitos das vítimas nos termos dos pronunciamentos após a apuração da ilegalidade (culpabilidade) do ato. De qualquer forma, e acima de tudo, falar sobre as vítimas antes (ou durante) o processo é, na verdade, ‘pré-julgar’” (Ibid., p. 122).

³²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor**. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. En busca del Derecho Penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2015. p. 123.

equilibrante e igualitária, de maneira que, “no centro de sua atenção, não estaria nem o passado e nem o futuro, mas sim o presente”:

o julgamento e a sentença têm por objetivo pôr fim à situação de dominação, humilhação ou subordinação da vítima, restaurando a sua posição originária. Agora, isso significa que a teoria do direito penal orientada para a vítima se concentra em neutralizar o dano imaterial e permanente que a vítima continua a sofrer em decorrência do crime³²⁹.

Diante dessas proposições, Annunziata Alves Iulianello conclui que, a partir do momento em que não é mais permitida a vingança privada, tendo o Estado o monopólio do *ius puniendi*, cabe a ele adotar mecanismos para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, devendo, portanto, agir de forma a evitar a vitimização primária, ou seja, a ocorrência do crime. Porém, levando-se em consideração toda a complexidade do fenômeno criminoso e os desafios de sua prevenção, adotando-se o raciocínio acima mencionado, é possível concluir que, uma vez não tendo sido possível se evitar a vitimização primária, deverá o Estado adotar mecanismos para evitar a vitimização secundária, ou seja, para evitar que os danos suportados pelas vítimas em razão do fenômeno criminoso sejam ampliados pelas instâncias formais de controle social, sob pena de haver uma proteção deficiente do bem jurídico³³⁰.

É evidente que, com toda a evolução dos direitos humanos e das teorias do garantismo penal, ao investigado ou ao acusado não pode ser dispensado um tratamento de mero “objeto de investigação estatal, mas sim deve ser tratado como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo”³³¹. Contudo, deve-se salientar que essa conclusão significa que se quer “estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do acusado”,

³²⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor**. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *En busca del Derecho Penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2015., p. 123.

³³⁰ IULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento especial: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. P. 131.

³³¹ FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 70.

juntamente com “a proteção dos direitos individuais e coletivos”³³².

Nessa conjuntura, é legítimo afirmar que o Estado tem o dever de proteção dos interesses da sociedade como um todo, entre os quais os das vítimas, que também são sujeitos de direitos e merecem proteção, mormente quando se trata de vítima que integra grupo de maior vulnerabilidade. Além disso, é responsabilidade do Estado garantir aos cidadãos os direitos de efetiva proteção e segurança, sendo que este não está associado apenas ao dever de “evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, a punição do responsável”³³³.

Com essa linha de pensamento, Guilherme Costa Câmara constata que, não se pode atribuir ao processo penal um único objetivo, na medida em que ele detém, na realidade, múltiplas finalidades, entre as quais podem ser mencionadas a realização da justiça, a tutela dos direitos fundamentais – não apenas do acusado, mas também dos demais sujeitos que atuam no processo, especialmente a vítima –, a pacificação social, a reafirmação da validade da norma que fora violada em decorrência da prática da infração penal, entre outros³³⁴.

Entretanto, analisando-se a legislação processual penal existente, é possível afirmar que quase todas as disposições possuem a pessoa do acusado como protagonista, de forma que, em relação à vítima, quando muito, o que há é uma preocupação coadjuvante. Como assegura Décio Alonso Gomes, “o processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor ou mesmo de qualquer outra vítima, senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal: a imposição de uma pena ao autor do delito”³³⁵.

Ao considerar as múltiplas facetas conferidas ao processo penal, não é difícil concluir que muitas vezes colidem entre si. Para dirimir esses conflitos, utiliza-se a técnica hermenêutica de ponderação de interesses, com base no princípio da proporcionalidade, com a “concordância

³³² FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 71

³³³ *Ibid.*, p. 71-72.

³³⁴ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2008. p. 266-267

³³⁵ GOMES, Décio Alonso. **Confrontação do Depoimento com Redução de Danos** (Abordagem desde uma perspectiva Criminal). Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa, 2015.

prática das finalidades em conflito, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”³³⁶. O garantismo penal, neste contexto, também deve servir como fundamento para a busca do “equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior”³³⁷, assim conclui Douglas Fisher:

Não temos dúvidas em (re)afirmar que é preciso superar a ideia de que o Estado deve ter apenas limites em sua atuação. Há imposições de ações positivas (garantismo positivo). A justiça penal reclama uma efetiva atuação do Estado para a proteção de todos os direitos fundamentais. Há, sim, uma dupla função de proteção de direitos humanos: “proteger os direitos do homem está umbilicalmente ligado à adoção de ações positivas direcionadas a prevenir e sancionar com eficiência as ofensas que eventualmente lhes podem ser direcionadas, buscando-se sempre um equilíbrio nas relações entre todos os direitos e deveres fundamentais”. Desse modo, para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há de se observar que todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico (e não apenas aqueles de proteção de direitos individuais de primeira geração) são verdadeiras guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente³³⁸.

Conforme assevera Antônio García-Pablos de Molina, praticamente todo o empenho do estudo das ciências penais está voltado para a pessoa do infrator, ficando a vítima em uma posição marginal. A solução oficial do Estado diante da prática de um delito está intrinsecamente relacionada a critérios retributivos, não levando em consideração as demandas das vítimas, que, no processo penal, teria o papel exclusivo de mera informante, tendo a obrigação de contribuir com a reconstrução dos fatos em juízo para possibilitar o julgamento pela autoridade judicial competente. Por fim, neste cenário, os parques investimentos públicos, quando existentes, são sempre voltados para a pessoa do acusado, por exemplo, com a edificação de novos presídios e busca de novos tratamentos para o autor do crime, como se a “ressocialização da vítima” não fosse um objetivo que deva ser buscado pelo Estado Democrático de Direito³³⁹. Diz o autor sobre essa relação entre infrator e vítima:

³³⁶ De acordo com este entendimento: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do CPP**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 2, p. 199-213, 1998

³³⁷ FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 75.

³³⁸ Ibidem, p.151

³³⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66.

O infrator, de um lado, considera que seu único interlocutor é o sistema legal e que só frente a ele é que contrai responsabilidades. E esquece para sempre de “sua” vítima. Esta, de outro lado, se sente maltratada pelo sistema legal: percebe o formalismo jurídico, sua criptolinguagem e suas decisões como uma imerecida agressão (vitimização secundária), fruto da insensibilidade, do desinteresse e do espírito burocrático daquele. Tem a impressão, nem sempre infundada, de atuar como mero pretexto de investigação processual, isto é, como objeto e não como sujeito de direitos. Tudo isso aprofunda cada vez mais o distanciamento entre a vítima e o sistema legal, acelerando seu processo de “alienação” em relação àquela.³⁴⁰

Em nenhum momento, defende-se neste trabalho, um processo penal em que os direitos e garantias dos acusados inculpidos no texto condicional, sejam desprezados. Todavia, não concorda que eles sejam exercidos de maneira desregrada, ignorando-se as demais finalidades que o processo penal detém, especialmente quando fizer com que o exercício da jurisdição estatal perca a sua efetividade e, conseqüentemente, o processo penal deixe de servir como instrumento de pacificação social, gerando efeitos absolutamente negativos para as vítimas e para a sociedade como um todo.

Ao tratar a vítima como mero objeto do processo, sua dignidade humana está sendo ferida, com proteção deficiente, só sendo possível falar-se em efetiva consideração da vítima como sujeito de direitos a partir do momento em que tais direitos sejam concretamente tutelados, adequando-se às premissas básicas da prevenção e repressão criminal, restituindo à vítima o protagonismo que lhe foi subtraído.

³⁴⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66-67.

4. A VÍTIMA E O SEU DIREITO À SOLUÇÃO CONSENSUAL DO PROCESSO

4.1. A busca pela eficiência no modelo consensual

O debate sobre a burocratização, ineficiência e lentidão da Justiça Penal não é contemporânea, e tem atingido juristas de todo o mundo, os quais objetivam diversificar os meios e instrumentos para que o processo atinja o objetivo pretendido, conforme a finalidade que dele se espera. A sensação de impunidade que emerge da opinião pública é resultado, em grande parte, de um processo penal arcaico, enraizado a costumes obsoletos e à mingua de mecanismos alternativos para solução de conflitos.

Giuseppe Bettiol desde sempre advertia que um dos problemas fundamentais do processo penal é aquele referente à maior rapidez no andamento dos autos, não só no interesse do imputado, mas também – como prevenção geral – da própria sociedade que quer conhecer, por vezes sem muita paciência, a solução do conflito³⁴¹.

Conforme defende Pedro Henrique Demercian:

Sob a ótica meramente funcionalista, é inegável a influência do binômio tempo-eficiência, isto é, o processo deve terminar no menor tempo possível e com a máxima eficiência. Essa questão, ou seja, a rápida solução para controvérsias, de maneira mais eficiente do ponto de vista da economia processual, avulta na sociedade contemporânea, notadamente nas duas últimas décadas, que são marcadas pelo extraordinário desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação, especialmente aqueles ligados aos sistemas de telemática³⁴².

As resoluções de conflito com base no consenso representam, a princípio, a forma mais rápida de solução do conflito penal, vez que as partes podem realizar negociações e firmar um acordo, pondo fim ao processo. Diante da eficácia, tais modelos têm se proliferado nos ordenamentos jurídicos processuais penais, incorporando-se ao *ordenamento jurídico*, conferindo-se maior legitimidade ao processo penal.

Pode-se afirmar que o modelo consensuado de Justiça Penal possibilita que os participantes do processo penal busquem uma solução harmônica, por uma compatibilização

³⁴¹ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977, p. 283.

³⁴² DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Colaboração Premiada e a Lei das Organizações Criminosas**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 09, 2016, p.57.

das vontades outrora antagônicas³⁴³. Ocorre, assim, uma mutação surpreendente, de um modelo de justiça penal, vertical, imposta pelo Estado, dando espaço a um modelo de justiça penal, horizontal, convergente, em que há um acordo com o encontro de vontades entre as partes diretamente envolvidas no conflito, respeitando seus respectivos interesses.

Vinicius Gomes de Vasconcellos rejeita a ampliação das margens de consenso, visualizando patente violação aos princípios constitucionais, destacando a coercitibilidade da prática consensual. Em uma visão mais garantista, exalta a proteção do investigado, anunciando impossibilidade de renúncia aos direitos e garantias processuais. Deseja, por fim, que a barganha não triunfe no processo penal brasileiro³⁴⁴.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior³⁴⁵, o qual entende que processo deve ser compreendido como um instrumento de proteção e garantia e, por isso, a justiça negociada – que confere mais eficiência ao processo penal – deve ser totalmente rechaçada, na medida em que não faz parte do modelo acusatório e viola os princípios do sistema garantista, terminando por aniquilar o mais importante de todos: o devido processo legal³⁴⁶.

Felizmente, prevalece a doutrina em contrário, como a autora Ada Pellegrini Grinover, que não vê incompatibilidade entre eficiência e garantismo³⁴⁷, argumentando que são dois valores fundamentais que devem ser alcançados no novo processo penal. Segundo a autora, os procedimentos sumários podem ser perfeitamente conciliados com as garantias

³⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade, e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72.

³⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 209-220.

³⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf Acesso em: 02 de novembro de 2021.

³⁴⁶ Nesse mesmo sentido, o autor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que eficiência é sinônimo de exclusão, na medida em que ocorre a supressão de direitos e/ou garantias constitucionais. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: Escritos de Direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo (organizador: WUNDERLICH, Alexandre). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 145). Com opinião diferente, especificamente no que diz respeito às garantias fundamentais, veja-se a afirmação de Rodrigo da Silva Brandalise, de que “inexiste qualquer mácula resultante do confronto entre sua utilização [consenso] e as garantias processuais concedidas ao arguido”. (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes** (...) p. 222).

³⁴⁷ Também afirmam que não há contraposição entre eficiência e garantismo, Román Julio Frondizi e María Gabriela S. Daudet. (FRONDIZI, Román Julio; DAUDET, María Gabriela S. **Garantías y eficiencia en la prueba penal**. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2000, pp. 177-188).

constitucionais³⁴⁸.

Antônio Scarance Fernandes³⁴⁹ defende o equilíbrio entre a eficiência do sistema e o garantismo, na medida em que deve ocorrer uma ponderação entre as alternativas procedimentais simplificadoras que conferem agilidade à justiça criminal e os limites possíveis de disposição, pelo acusado, do direito ao procedimento ordinário, que, com suas quatro fases – investigação, fase intermediária, instrução, julgamento –, assegure a plena atuação de suas garantias constitucionais³⁵⁰. De acordo esse autor, a busca por celeridade, como fator de eficiência do processo, não deve ser alcançada a qualquer preço, mas com a observância das garantias individuais.

Essa visão é completamente compatível com pensamento de Fernando A. Fernandes. Nas palavras do autor:

o interesse no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal deve ir até o limite em que seja intocada a dignidade humana”, concluindo que “as finalidades de política criminal – que conduzem a uma maior funcionalidade do processo – devem trafegar dentro das balizas postas pelo vetor garantia – principalmente aquela representada no respeito pela inviolável dignidade da pessoa humana –, mas com a consciência da necessidade de superação de todas aquelas garantias que, mesmo dizendo respeito a direitos e garantias pessoais, possam ser dispensadas³⁵¹.

Anabela Miranda de Rodrigues, ao comentar sobre a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal português, especificamente sobre os processos sumário e sumaríssimo, defende a aplicação do processo simplificado à pequena e média criminalidade, devendo este respeitar as garantias de defesa do arguido. A autora conclui que há de encontrar-se um equilíbrio processual para o tratamento dos referidos crimes, considerados de menor

³⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 278.

³⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal (...)** p. 274.

³⁵⁰ Nas palavras do autor, “o direito ao procedimento processual penal é, em síntese, direito a um sistema de regras e princípios que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal (...)** p. 9).

³⁵¹ FERNANDES, Fernando A. **Premissa fundamental para uma reforma global do processo penal**. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos-nacionais/texto-nacional11.html> Acesso em: 02 de novembro de 2021).

gravidade³⁵².

Por derradeiro, é valioso registrar a opinião do autor Pedro Soares de Albergaria. Ao analisar os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal português, o autor afirma que o vetor garantia ficou em segundo plano na reforma processual e, desse modo, ao contrário da preocupação atual e dominante, o legislador conseguiu alcançar a flexibilidade, mas não a “flexisegurança”, como diz:

Em matéria de processos especiais, o esforço do legislador foi dominado por um objetivo de maximização de meios tendentes à celeridade como forma privilegiada de obtenção de ganhos de eficácia”. [...] “Sem prejuízo de na Revisão não detectar direta ofensa à Ordem Constitucional, não estou também convicto de que o saldo final tenha sido mais do que meramente flexibilizar os instrumentos processuais de celeridade – o modo como o vetor garantia ficou secundarizado permite-me dizer, em jeito metafórico, que ao contrário do que em outros domínios é atualmente preocupação dominante, o que se terá conseguido foi só flexibilidade e pouca “flexisegurança”³⁵³.

Aqui importante a reconstrução do conceito de eficácia, pois nos moldes em que está concebida na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, ela deve ser repudiada por contrariar a dignidade da pessoa humana. Entre os autores brasileiros, não há uma unanimidade na compreensão do termo, confundindo-se as definições dos conceitos de efetividade, eficiência e eficácia.

Rosimeire Ventura Leite trata as expressões como sinônimas: “não obstante os vocábulos efetividade, eficiência e eficácia tenham significados diversos conforme o contexto no qual se inserem, no processo penal a adoção de um ou outro termo não parece promover significativa alteração de sentido”³⁵⁴. Já o autor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, afirma que “não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a

³⁵² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, n.º 4, Outubro-Dezembro de 1996, p. 543. Da mesma autora, cfr. também: RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia – uma opção político-criminal. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 48-49.

³⁵³ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º 4, Outubro-Dezembro de 2008, p. 507

³⁵⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal (...)** p. 252.

eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios”³⁵⁵. De acordo com o autor, a utilização do termo eficiência relaciona-se à ideia de flexibilização, abrindo lacunas para a supressão de direitos e garantias.

José Roberto dos Santos Bedaque é incisivo ao afirmar que o processo efetivo engloba, em equilíbrio, os valores segurança e celeridade, proporcionando aos sujeitos processuais o resultado desejado pelo direito material. Segundo Bedaque, é necessário reduzir o tempo de duração do processo, entretanto não se pode fazê-lo em prejuízo do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo³⁵⁶.

Já Ada Pellegrini Grinover associa os termos eficiência e efetividade à adequação das formas procedimentais à natureza da controvérsia penal, que varia conforme a complexidade dos fatos e a gravidade do delito³⁵⁷. A eficiência abrangeria a efetividade do processo penal e a eficácia dos direitos fundamentais, que são tutelados pelo processo.

Antônio Scarance Fernandes distingue os três termos, ensinando que eficiência é a capacidade de algo – de um ato, de um meio de prova, de um meio de investigação – produzir determinado efeito. Por outro lado, afirma que é eficaz o ato que produz o efeito esperado, concluindo que a análise da efetividade no processo decorre da verificação do resultado positivo do ato realizado ou do meio de investigação utilizado³⁵⁸.

Apenas à título de exemplo, a exposição de motivos do Código de Processo Penal português, em alusão ao objetivo da reforma processual tendente a proporcionar mais eficiência e celeridade na administração da justiça penal, deixa claro que o termo eficiência está diretamente relacionado à realização da justiça, à tutela dos bens jurídicos, à estabilização das normas e à paz jurídica dos cidadãos. Desse modo, essa palavra engloba a noção de tempo razoável e resultado justo, seja para fazer atuar o direito punitivo, seja para assegurar ao acusado as garantias do processo legal. O documento ainda reforça que a busca pela celeridade e

³⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais** (...) p. 143.

³⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 49.

³⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução** (...) p. 272.

³⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal (...) p. 25.

eficiência não pode ser pautada por uma ideia exclusivamente “economicista de produtividade pela produtividade”³⁵⁹.

Nesse contexto, o novo conceito de eficiência deve equilibrar os interesses da pessoa acusada, da vítima e da sociedade, centrando-se em dois pontos fundamentais: segurança e celeridade. Outro aspecto importante da eficiência é a adequação das formas procedimentais à natureza da controvérsia penal, de acordo com a complexidade do fato e a gravidade do delito. Assim, estaria em compatibilidade com o modelo acusatório de justiça criminal delineado pela Constituição da República brasileira de 1988.

Fato é que essa relação excludente dialética entre eficiência e garantia deve ser superada por várias razões. Césare Bonesane, já argumentava, no clássico livro “Dos delitos e das penas”, a importância de combater a morosidade e lentidão do processo. Tal objetivo continua presente no atual cenário político-criminal, na medida em que é objeto de discussão em todas as reformas do Poder Judiciário. Propositamente, a emenda constitucional 45 fortaleceu a orientação que prevalecia desde 1988 de julgamento do processo no prazo razoável³⁶⁰.

Sintetizando, nas palavras de Antônio Carlos da Ponte e Pedro Henrique Demercian:

Um processo penal eficiente e eficaz é aquele que permita, no menor tempo possível, dentro do critério da razoabilidade, dentro da estrita legalidade e observância aos direitos e garantias individuais ligados ao devido processo legal, o atingimento de um resultado que seja justo e se aproxime do fim colimado, qual seja, a segurança pública e a paz social, mas não à custa de subtrair do indivíduo —da forma que melhor lhe convier— todos os instrumentos de defesa contra o eventual abuso do poder punitivo Estatal³⁶¹.

Além dos benefícios de ordem processual, segundo Herrera Moreno, citado por Selma Pereira de Santana, inúmeras são as vantagens que podem ser apontadas no modelo consensual, inclusive de ordem psicológica aos envolvidos:

“[...] o processo conciliador estimula menor hostilidade e tensão emocional. Não se

³⁵⁹ Item 8 da exposição de motivos do Código de Processo Penal português.

³⁶⁰ A duração razoável do processo, no ordenamento jurídico brasileiro, consta no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, o qual determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁶¹ PONTE, Antônio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público Brasileiro e a Justiça Consensual**. Foro, Nueva época, vol. 22, núm. 1, 2019.

trata de esclarecer fatos e estabelecer culpabilidade. Se o processo penal gira em torno da atribuição da responsabilidade, na conciliação, manda o critério do equilíbrio, a aproximação humana e a busca do compromisso. Mais que problemas formais e de organização processual, o debate se concentra e focaliza o conflito humano. [...] A sensação final será a de que todos obtiveram ganhos: a vítima se sente “menos vítima” e o autor do delito, humanizado diante da vítima, “menos ofensor”. A melhora do clima social e a reabilitação serão os efeitos co-naturais à consecução de um compromisso vítima-ofensor como máxima expressão da mínima aflição na reação social ao delito.”³⁶²

Portanto, imperioso estabelecer que o consenso não pode ser utilizado de forma desordenada, como meio de resolução para todo e qualquer conflito penal, de modo a ser considerado um modelo processual único e exclusivo. Assim, estaríamos diante de um consensualismo forçado, cuja essência de voluntariedade minaria a própria essência do consenso.³⁶³

Nessa seara, visando regulamentar o modelo de consenso, Nicolás Rodrigues Garcia chega a estabelecer requisitos para sua utilização, os quais seriam: a) o estrito controle judicial, buscando alcançar o equilíbrio entre as partes para evitar-se o risco de mercantilização do processo penal; b) a sujeição ao império da Lei, que tem por escopo impedir a arbitrariedade na aplicação do modelo, o que poderia implicar na deturpação do próprio fim do processo penal; c) a atenção obrigatória aos interesses da vítima, o que necessariamente resgata a atenção para esta no processo penal.³⁶⁴

Nesse ponto, necessário pontuar que nem todos os modelos consensuais positivados em ordenamentos jurídicos levam em consideração os interesses da vítima. Luís Flávio Gomes refere-se especificamente a um *submodelo* do modelo consensuado, o *modelo da Justiça criminal negociada*, que teria por base o *plea bargaining*, ou seja, “a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade de pena, inclusive a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc”, que se opõe a outro *submodelo*, o *modelo pacificador ou restaurativo*, “que visa à pacificação interpessoal e social do conflito,

³⁶² SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.

³⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consenso e oportunidade**. In: Jornadas de direito processual: o novo código de processo penal. Lisboa: C.E.J, 1989, p. 330.

³⁶⁴ RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. **Análisis de la nueva regulación del principio del consenso em el procedimiento abreviado español**. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al (Og). Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra. Coimbra Editora, 2003, p. 1467.

reparação dos danos à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade etc .”³⁶⁵

Dentro dessa distinção efetuada por Luís Flávio Gomes, defende-se que até mesmo no *modelo negociado*, em que parece cuidar-se tão somente de mecanismos para a deflagração processual, ocorra a efetiva participação da vítima, como desdobramento necessário para reconhecimento da dignidade da vítima no processo penal. Em nome dessa dignidade, deve a legislação pátria estimular espaços para juízos de discricionariedade, em que seja possível a negociação entre as partes, Ministério Público, acusado, incluindo-se necessariamente a vítima, que deverá, assistida juridicamente, participar das tratativas do desfecho do caso.

4.2. Os fundamentos filosóficos do modelo consensual de justiça criminal

O modelo de justiça consensual surge com a intenção de dar continuidade ao modelo integrador de resolução de conflito idealizado por Antônio García-Pablos De Molina, no qual “[...] *pretende conciliar os interesses e expectativas de todas as partes envolvidas no problema criminal, por meio da pacificação da relação social conflituosa que o originou*”³⁶⁶, restaurando todas as relações abaladas pelo delito, para isso deve ocorrer a flexibilização de procedimentos e sanções, preconizando que um acordo alcançado entre as partes pode representar uma melhor solução para o conflito, em contraposição à imposição de uma pena abstratamente prevista.

Os modelos básicos para a implementação do modelo consensual são: a *conciliação*, “[...] forma de solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro”³⁶⁷; a *mediação* penal, quando as partes devem ser encorajadas, com o auxílio de um mediador, a chegarem a um acordo; e a *negociação*³⁶⁸, que

³⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa**: conciliação, mediação e negociação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10051>. Acesso em: 4 jun. 2021

³⁶⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5). p. 408 et seq.

³⁶⁷ AZEVEDO, André Gomma de. **Autocomposição e Processos Construtivos**: uma breve análise de projetos piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: _____. (Ed.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3

³⁶⁸ A negociação “É o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele

representa um consenso alcançado entre o criminoso e o órgão acusador, abrangendo a negociação sobre a tipificação do delito, a pena a ser aplicada, as formas de execução da pena, entre outros aspectos penais relevantes.

Defende-se a ideia da aplicação do modelo consensual, em qualquer de suas formas, a partir do próprio ordenamento já existente, adotando-se como um sistema alternativo ao sistema penal já estabelecido, podendo orientar a produção legislativa e a atuação de todos os profissionais envolvidos.

Sobre a funcionalidade do modelo, Fernando Fernandes assinala que:

[...] a substituição do ritual da condenação por soluções de natureza consensual presta-se ao fim de atenuar o efeito de estigmatização dos criminosos, representando, dentro de certos limites, uma forma adequada de alcançar os objectivos de ressocialização e de estabilização contrafáctica das normas que o Direito Penal se propõe tutelar. Desde logo, a observação de que esse programa só se mostra legítimo na medida em que seja definido na lei, seja controlado por uma entidade judiciária independente e, por fim, se submeta ao consentimento do arguido. Portanto, ainda com mais razão o modelo fundado num encontro entre as partes deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal do processo penal, sendo legítimo e admissível apenas na medida em que, para além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar também funcional e não elimine aquelas garantias essenciais inerentes a esse sector da Ciência Jurídica.³⁶⁹

Assim, a adoção de tal modelo em nosso sistema penal, não representa necessariamente alterações legislativas de ritos e procedimentos, mas sim uma modificação de ideologia. Nessa perspectiva filosófica, busca-se uma aproximação entre o modelo consensual de justiça e a teoria do agir comunicativo desenvolvida por Jürgen Habermas³⁷⁰, que tem como tese central a criação de uma “[...] situação ideal de comunicação, na qual os papéis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coação, podendo a todo

inerentes. Desse modo, incluem em tal categoria, por exemplo, os institutos da barganha, da transação penal, da suspensão condicional do processo brasileiro e português, os ‘procedimentos abreviados’ latino-americanos, a ‘*plea bargaining*’ estadunidense, o ‘*absprachen*’ alemão, o ‘*patteggiamento*’ italiano [...] entre diversos outros.” (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 55-56).

³⁶⁹ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 139-141.

³⁷⁰ Ressalta-se que não se pretende uma análise exaustiva desta teoria, diante da incompatibilidade entre a complexidade e densidade da teoria e as finalidades deste estudo. O que se propõe é fazer um levantamento dos seus postulados fundamentais, a fim de buscar subsídios para fundamentar e orientar uma dinâmica fundada em interações comunicativas, possibilitando a efetivação do modelo de justiça penal consensual como forma de resolução do conflito penal.

momento ser problematizada e corroborada (fundamentada) pela via do discurso, da discussão.”³⁷¹

O autor observa que o desenvolvimento industrial está umbilicalmente ligado ao avanço da ciência e da técnica e que, o trabalho industrial, na sociedade capitalista, foi o responsável pela expansão dos procedimentos e da racionalidade tecnicistas para outros segmentos da sociedade. O problema é que o processo de modernização trouxe a racionalização técnico-instrumental para o âmbito da ação social³⁷².

A universalidade da racionalidade técnico-instrumental nas decisões sociais traz novos problemas sociais fundados no individualismo, na competição e no rendimento. Nesse contexto, buscando uma nova alternativa, Habermas sugere o resgate da racionalidade comunicativa, partindo da premissa que o ser humano é capaz de comunicar desejos, intenções, percepções e expectativas através do diálogo³⁷³.

Com seus estudos, Habermas almeja demonstrar que os princípios de verdade, justiça e liberdade integram os discursos desenvolvidos pela comunicação diária entre as pessoas e, portanto, a sua importância não deveria ser afastada no momento de resolução dos conflitos.³⁷⁴ Para ele, a comunicação entre os sujeitos ocorre a partir de três mundos: o mundo objetivo da

³⁷¹ “[...] a expressão ‘agir comunicativo’, cunhada por Habermas, refere-se, em termos mais do que simples, a um mecanismo para coordenar as ações, implicando que os participantes do processo comunicativo procurem obter um entendimento sobre uma determinada situação, sobre os seus planos de ação, coordenando-os através de um acordo nas situações que admitem o consenso.” (FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 146-147)

³⁷² A crítica feita pelos representantes da Escola de Frankfurt é exatamente no que diz respeito à racionalidade científica aplicada às questões sociais, pois a razão que permanece neutra com relação a valores trata as questões que não podem ser resolvidas pela equação meios-fins como irracionais e subjetivas, o que afasta do exame da razão diversas questões sociais que fogem dos aspectos de economia e eficácia dos meios. Esses autores entendem que a ciência e a técnica representam uma forma de dominação política quando aplicadas nas ações sociais, em um paralelo com a dominação exercida pelo homem com relação à natureza. (GONÇALVES, Maria Augusta Salin. **Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola**. *Educação & Sociedade*, Campinas, ano 20, n. 66, p. 125-140, abr. 1999). De forma um pouco diferente, Habermas vislumbra no trabalho uma forma do homem utilizar a ciência e a técnica para ampliar as suas possibilidades, pois o desenvolvimento humano seria pautado pelos processos históricos de desenvolvimento tecnológico, industrial e cultural. No entanto, ele se mostra contrário à penetração universal da ciência e da técnica, através de uma racionalidade científica e instrumental, em esferas de decisão em que deveria prevalecer a racionalidade comunicativa. (HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 20-23).

³⁷³ GONÇALVES, Maria Augusta Salin. **Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola**. *Educação & Sociedade*, Campinas, ano 20, n. 66, p. 125-140, abr. 1999.

³⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 39 et seq

ciência das coisas, o mundo intersubjetivo da moral e do direito e o mundo subjetivo dos sentimentos e das emoções de cada indivíduo. A relação entre os mundos está presente nas interações sociais.³⁷⁵

Parte-se da premissa de que linguagem é o mecanismo que produz a integração social dos diversos planos de ação individual encontrados em uma sociedade. A comunicação é essencial para que os valores da verdade, correção normativa e veracidade sejam legítimos. Para tanto, os indivíduos deveriam utilizar uma racionalidade argumentativa através do discurso para alcançar um consenso baseado em princípios reconhecidos e validados pelo grupo, ao invés de uma racionalidade tecnicista que considera apenas a relação meio-fim.

É notório que a modernidade, baseada nos princípios capitalistas, gerou uma atuação cada vez mais egoísta e individualistas dos sujeitos. Habermas, entretanto, defende que a linguagem assume importante papel na integração social, pois permite que exista uma coordenação dos planos individuais de ação, quando os agentes sociais aceitam as pretensões levantadas pelos demais envolvidos³⁷⁶.

Não obstante, um indivíduo pode ignorar o que se tinha estabelecido anteriormente e violar uma pretensão normativa, inicialmente aceita por todos. Tal violação, possível dentro do plano individual de ação, gera uma potencial ameaça à integridade social.³⁷⁷ Assim, para evitar-se a desintegração social, pode-se recorrer à ação instrumental (agir estratégico) ou ao discurso (agir comunicativo). Ambos são considerados recursos racionais por Habermas, na medida em que podem ser fundamentados³⁷⁸, podendo-se entender que a racionalidade advém da comunicação entre sujeitos (possível através da discussão).

O agir estratégico e o agir comunicativo revolucionaram a forma como a resolução de conflitos é tratada, sendo que possuem diferenças importantes que devem ser destacadas para que se possa compreender como o desenvolvimento da teoria do agir comunicativo influenciou

³⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 80 et seq.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 41, 110 et seq.

³⁷⁷ Interessante o exemplo de Marcelo Galuppo: “[...] quando alguém (A) enuncia que 'não devemos furtar', o outro envolvido (B) pode colocar em dúvida a própria pretensão de correção assumida pelo falante (A) no caso, dizendo, por exemplo, que em algumas situações o furto pode ser justificado para preservar outro bem maior, como a vida.” (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 122).

³⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 24 et seq.

a busca de soluções através do consenso³⁷⁹.

O agir estratégico pressupõe um atuar sobre o outro, ou seja, as ações do indivíduo são orientadas para o seu sucesso. Ele apenas utilizará o outro para atingir um fim (seu sucesso pessoal) e, para tanto, indicará um fim, mas desejará secretamente outro. Desta forma, a interação social é representada pela influência de um sujeito sobre o outro, havendo uma distorção do processo de comunicação, pois o indivíduo pressupõe que os outros envolvidos estejam agindo comunicativamente na crença de que todos assim o façam.

Nesta forma de agir, a violação das regras (que são essencialmente técnicas) representa uma intervenção fracassada, pois o fim intencionado não se realizará. Portanto, entre a regra de ação e a consequência da ação há uma relação empírica, ou seja, não há uma imputação racionalmente voluntária de uma sanção ou consequência para o descumprimento de uma regra.

O agir comunicativo, por sua vez, pressupõe um falar ou atuar com o outro, ou seja, as ações são orientadas para um entendimento, o discurso é usado como forma de expor as suas pretensões, possibilitando convencer o outro ou também ser convencido por ele, com a finalidade de chegarem juntos a um consenso³⁸⁰.

Como diz Habermas, a ação comunicativa ocorre:

“...sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa”³⁸¹

Nota-se a importância da participação leal dos sujeitos no desenvolver do agir comunicativo, que devem cooperar-se entre si, buscando a compreensão de todos os envolvidos,

³⁷⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 124 et seq.

³⁸⁰ “[...] a razão comunicativa é reflexiva, pois há um deslocamento da razão do sujeito para o processo comunicativo, ou seja, há uma auto-reflexão crítica a partir do olhar do outro. Isto quer dizer que o interlocutor reflete sobre o conhecimento que produziu a partir da visão do seu ouvinte.” (PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Justiça restaurativa**, cidadania e políticas públicas segundo a teoria da ação comunicativa. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060751.pdf> . Acesso em: 06 jun. 2012)

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998, p. 285-286.

até o entendimento mútuo, que possibilitará a formação de um consenso. Se não houver consenso, o convencimento será obtido através da discussão entre os sujeitos, vencendo aquele que apresentar o melhor argumento ou melhor resistir às críticas levantadas pelos indivíduos envolvidos no discurso³⁸².

Para o sucesso desse modelo de discurso, tido como o ideal para a solução de conflitos, pressupõe-se algumas condições básicas, como a liberdade das partes e a situação de simetria nos processos de comunicação. Por entender utópicas essas condições, alguns estudiosos criticam a adoção da teoria do agir comunicativo no âmbito do Processo Penal.

Marcelo Galuppo aponta que a teoria habermasiana se refere a uma comunidade ideal de comunicação, onde não haveria violência ou ideologias e todos envolvidos participariam livremente e diretamente na formação do consenso. O autor questiona se, em uma comunidade com um sistema real de comunicação, seria possível essa liberdade de participação dos envolvidos. Ele acredita que as ideologias estejam presentes no nosso cotidiano e que não permitiriam uma produção livre do convencimento, mas representariam uma forma de colonização da esfera prática atribuída à ação comunicativa pelo agir estratégico.³⁸³

No mesmo sentido, Fernando Fernandes elenca várias críticas à teoria do agir comunicativo. Inicialmente, aponta que o plano ideal para se desenvolver a teoria proposta por Habermas exigiria uma igualdade entre os participantes, e o consenso seria o resultado de um diálogo sem coação. Além disso, alerta para o perigo de substituir a verdade material pela verdade consensual, pois há outros direitos que devem ser respeitados, como o direito ao silêncio, garantido constitucionalmente ao acusado. Não se pode esquecer, ainda, a necessária intervenção do Estado no conflito penal, para garantir o interesse público, o que impede a formação de uma verdade consensual, obtida tão somente através de um discurso efetivado entre as partes.³⁸⁴

Esse conflito entre o ideal e o real apontado pelos referidos autores realmente merece ser analisado. Exigir a livre participação do indivíduo, em uma sociedade que ainda existe

³⁸² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998, p. 40.

³⁸³ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 140

³⁸⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 146-150.

imensa disparidade social e econômica entre as classes sociais é fato que, a princípio, parece ser de difícil aceitação. Não obstante, nos termos que a teoria de Habermas prega, além da função descritiva, há uma função prescritiva para a evolução da sociedade no sentido de um ideal de comunicação, o que daria para ser aplicado no modelo de justiça criminal consensual.

Para garantir esse modelo ideal, o cidadão participaria em dois momentos importantes: na elaboração das normas, através de representantes eleitos democraticamente, os quais defenderiam os interesses de seus eleitores, e através da efetiva participação nos momentos de discussão para a formação do consenso, no âmbito do Poder Judiciário. Nesse momento do discurso, todos os participantes devem ter condições paritárias para intervenções, perguntas e respostas, bem como expressar seus argumentos, desejos e sentimentos, comprometendo-se de forma responsável com o que for apresentado como proposta de solução.

As condições ideais de comunicação proposta por Habermas podem parecer utópicas, entretanto, se a teoria do agir comunicativo for aplicada em situações reais e concretas, orientando-se pelos seus parâmetros básicos de participação dos sujeitos envolvidos, clareza de objetivos e valorização do diálogo, fatalmente apontará caminhos para a efetivação de diálogos entre os indivíduos através da argumentação realizada por meio do discurso e, conseqüentemente, uma solução do conflito mais próxima do que se pode considerar ideal.

Assim, a valorização do diálogo como forma de resolução dos conflitos, o tratamento individualizado, a possibilidade da efetiva participação das partes e a flexibilização procedimental são alguns dos pressupostos do modelo consensual que permitem a legitimação do sistema penal.³⁸⁵

4.3. As modalidades de institutos consensuais no atual processo penal brasileiro

³⁸⁵ “Em geral, os métodos de resolução dos conflitos buscam uma ou mais das seguintes opções: a) atuar a lei no caso concreto, b) resolver o conflito com paz social, c) eliminar o processo e a lide ou d) satisfazer as partes. Mecanismos tradicionais como a jurisdição e o processo judicial geralmente se preocupam em primeira linha com o escopo 'a', sob a premissa de que a lei contém a justiça e o papel do julgador é atuar a vontade concreta da lei. Secundariamente, também atingem outros escopos, como o 'c' e o 'b', eliminar o processo e produzir a paz social. Métodos menos formais como a mediação [...] buscam principalmente atender ao escopo 'd' (satisfação das partes) e o 'b' (resolver o conflito com paz social) e, apenas indiretamente, eliminar o processo e atuar a lei.” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Mediação e conciliação, produtividade e qualidade**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 45, ago. 2014).

Acompanhando a tendência internacional de valorização da vítima, resgatada de seu tradicional esquecimento, o Brasil tem inserido em sua ordem jurídica previsões que integram a vítima à resolução do conflito e que possibilitam a reparação dos danos suportados em razão do delito³⁸⁶.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I³⁸⁷, determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais pelo ordenamento jurídico. Tal preceito representou uma quebra de paradigma no processo penal brasileiro, incorporando o consenso ao nosso ordenamento, inserindo instrumentos e soluções consensuais à persecução penal.

Os procedimentos incorporados pelos Juizados Especiais adoram novas regras e princípios que incentivam a desburocratização do sistema criminal. Assim destaca Cândido Furtado Maia Neto:

“A desburocratização do sistema judicial penal é a principal meta que devemos perseguir para efetivar de pronto a responsabilidade criminal e a eficiente atenção aos Direitos Humanos das vítimas de crimes, através da reparação, indenização e composição dos danos, buscando a aplicação imediata de medidas alternativas à prisão, seja quanto a detenção provisória ou definitiva, sempre em nome dos princípios da oportunidade, racionalidade e da insignificância de determinadas infrações penais.”³⁸⁸

Ressalta-se que o direito à solução consensual do processo, respaldado pelo princípio da Dignidade da pessoa humana, deve beneficiar não só as vítimas, como também os acusados, sob pena de violação do ideal de isonomia que deve reger as relações processuais, pois além das benesses trazidas às vítimas, como amplamente defendemos, não se pode negar que o consenso também traz vantagens para o próprio acusado, o qual igualmente ocupa uma condição de protagonista, já que para se obter um consenso, também depende de sua vontade. Nesse momento, ele tem a oportunidade de expor sua visão, conscientizar-se das consequências

³⁸⁶ BARROS, Antônio Milton de. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007. p. 352-353;

³⁸⁷ –Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Sobre os antecedentes e o contexto em que se deu referida instituição, inclusive, a colaboração da Professora Ada Pellegrini Grinover, consultar: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-19.

³⁸⁸ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 300.

diretas de seu crime, possibilitando uma compreensão de sua parte, reduzindo a estigmatização que geralmente o processo penal traz para o acusado.

Entretanto, essa solução não pode ser generalizada e aplicada indistintamente a todas as situações processuais, devendo ser reservada a situações peculiares, conforme prévia orientação de político-criminal, quando se for possível identificar a vítima direta do delito, ou seja, aquela que sofreu diretamente os danos da violência física, psicológica ou emocional, quer tenha sido de na forma consumada ou tentada.

É importante definir que dentro do espaço do consenso, há três formas de resolução dos conflitos penais: a) conciliação, b) mediação e c) negociação. Muitas vezes utilizadas como expressões sinônimas, Luiz Flávio Gomes faz essa importante distinção entre as múltiplas formas de resolução dos conflitos penais, a qual adota-se nesse trabalho:

“A conciliação é típica dos juizados criminais no nosso país. Ela é dirigida pelo juiz (ou conciliador) e visa, sobretudo, à reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela conciliação (que é um gênero) tanto a reparação ou composição civil como a transação penal (que são suas espécies). Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para as infrações penais menos graves, que se denominam no nosso país "infrações penais de menor potencial ofensivo" (legalmente são as infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis 9.099/1995 e 11.313/2006)”.³⁸⁹

“A mediação é, na atualidade, a forma predileta de resolução de conflitos da chamada Justiça restaurativa. Por meio dela, que deve ser dirigida por terceiros imparciais (mediadores profissionais), objetiva-se a integração social de todos os envolvidos no problema, a preservação da liberdade, a ampliação dos espaços democráticos dentro da Justiça penal, redução do sentido aflitivo e retributivo da pena, superação da filosofia do castigo a todo preço, restauração do valor da norma violada, da paz jurídica e social etc. A mediação não pode ser concebida como uma panacéia porque parece válida apenas para alguns delitos (normalmente de média gravidade), excluindo-se os fatos de alta ou altíssima potencialidade lesiva”³⁹⁰.

“A negociação, por último, é a marca registrada do modelo norte-americano de Justiça criminal, que é conhecido como *plea bargaining*. Mais de 90% dos delitos (nos EUA) são resolvidos por esse sistema, que permite acordo sobre todos os aspectos penais (sobre pena, sobre a definição do delito, perda de bens, forma de execução da pena etc.). Nos EUA o *plea bargaining* é válido, de outro lado, para todos os delitos, em princípio, incluindo-se fatos extremamente graves. O acusado assume

³⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa**: conciliação, mediação e negociação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10051>. Acesso em: 4 jun. 2021.

³⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa**: conciliação, mediação e negociação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10051>. Acesso em: 4 jun. 2021.

responsabilidade pelo injusto cometido (ou seja: aceita sua culpabilidade) e a negociação se faz entre ele, seu defensor e o representante do Ministério Público.”³⁹¹

Após apresentar os conceitos, discorre-se brevemente sobre cada modelo proposto, sem a intenção de esgotar os respectivos temas, considerando a riqueza de detalhes de cada um deles.

4.3.1 Conciliação

A Lei 9.099/95 prevê, basicamente, a existência de três institutos consensuais: a composição civil dos danos e a transação penal, aplicáveis tão somente no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, portanto, para infrações penais de pequeno potencial ofensivo (cuja pena privativa de liberdade abstrata não ultrapasse dois anos), e a suspensão condicional do processo, aplicável a infrações penais cuja pena privativa abstrata mínima seja inferior ou igual a um ano. Tais institutos permitem que as partes evitem a instauração do processo ou suspenda seu prosseguimento, através do consenso.

A composição civil de danos encontra-se prevista nos artigos 73 e 74, da Lei n. 9.099/95. Aberta a audiência preliminar, com a presença do membro do Ministério Público, o autor do fato, a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados de seus advogados, o juiz esclarecerá acerca da possibilidade de composição civil de danos, que poderá ser conduzida pelo próprio juiz ou por conciliador³⁹². Essa audiência, se conduzida pelo próprio juiz, é importante lembrar que ele não atua na atividade de julgar, apenas no papel de conciliador, zelando pelo equilíbrio na negociação, cabendo ao Ministério Público a fiscalização do ato.

Celebrada a composição e uma vez homologada pelo juiz³⁹³, serão produzidos efeitos jurídicos em matéria civil e em matéria penal. Em matéria civil, a sentença homologatória servirá como título executivo judicial, podendo ser executado no juízo comum ou no próprio

³⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa**: conciliação, mediação e negociação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10051>. Acesso em: 4 jun. 2021.

³⁹² O diálogo é intermediado pelo juiz ou por um conciliador, mas não deixa de ser uma forma autocompositiva processual de solução do conflito. (LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 156; GIACOMOLLI, Nereu José. Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 101).

³⁹³ “O juiz, por tratar-se de direitos disponíveis, não poderá modificar a composição civil, tanto no plano dos fatos, como da extensão indenizatória. A decisão é de homologação da manifestação volitiva das partes.” (GIACOMOLLI, op. cit., p. 104).

juízo especial, respeitando-se, neste último caso, o valor máximo de até quarenta salários mínimos (art. 3º, I, da Lei no 9.099/95).

Entretanto, o ajuste entre vítima e autor do fato pode ter qualquer matéria como conteúdo, não havendo necessidade de se indenizar pecuniariamente à vítima. Aliás esta é a orientação consignada no enunciado número 37 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), elaborado no XXI Encontro – Vitória/ES: “O acordo civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/1995 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria”.

No âmbito penal, a homologação do acordo de composição civil dos danos gera a renúncia ao direito de queixa ou representação, extinguindo-se a punibilidade³⁹⁴, nos casos de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação. Sob o prisma processual, a homologação obsta o exercício da ação penal, ainda que haja descumprimento posterior da composição avençada entre as partes, que poderá ser executada na seara civil.

Apesar da norma trazer a hipótese de composição civil dos danos apenas nas ações de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal de iniciativa privada, não há porque impedi-la também nas contravenções e nos crimes de ações penais de iniciativa pública incondicionada, a fim de prestigiar a celeridade e os interesses da vítima, buscando a solução do conflito civil em uma perspectiva mais imediata.

Considerando as consequências do dissabor gerado pela prática da infração penal, é muito mais benéfico a vítima retornar ao *status quo ante* ou similar com a reparação dos danos, do que se submeter à espera de uma eventual punição do autor do fato após um longo e sofrido processo penal e ficar, não raras vezes, com o prejuízo para si.

Nesse sentido, afirma Ada Pellegrini Grinover: "Frise-se, por oportuno, que tanto para a ação pública condicionada como para a ação de iniciativa do ofendido, a homologação do acordo civil acarreta a renúncia tácita ao direito de representação ou queixa (...)". "No caso de ação de iniciativa pública (incondicionada), ao contrário, a homologação do acordo civil

³⁹⁴ “Importante notar que a composição, apesar de ter por objeto interesse de natureza cível, apresenta, inegavelmente, elementos consensuais que repercutem de modo significativo na persecução criminal, inserindo-se, por conseguinte, na esfera da justiça penal consensual.” (LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 157).

nenhum efeito terá sobre a ação penal."³⁹⁵

Não há muita discussão quando ao cabimento da composição civil nos crimes de ação penal incondicionada, a divergência está nos efeitos penais que acarreta tal homologação. Júlio Fabbrini Mirabete adverte que:

Evidentemente, homologada a composição, não ocorre a extinção da punibilidade quando se tratar de infração penal que se apura mediante ação penal pública incondicionada, prosseguindo-se na audiência preliminar com eventual proposta de transação ou, não sendo esta apresentada, com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Entretanto, se a composição dos danos ocorrer, deve ser ela objeto de consideração do Ministério Público, quando da oportunidade de oferecer a transação, e do juiz, como causa de diminuição de pena ou circunstância atenuante (arts. 16 e 65, III, b, última parte, do Código Penal). Além disso, é evidente que a composição impedirá uma ação ordinária de indenização fundada no art. 159 do Código Civil, ou a execução, no cível, da eventual sentença condenatória (art. 91, I, do Código Penal).³⁹⁶

Entretanto, sob o viés vitimológico, defendido neste trabalho, entende-se que, mesmo nos crimes de ações penal pública incondicionada, no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais da Lei 3.688 de 1941, havendo uma vítima determinada, a restauração entre esta e o autor, implicaria na ausência de justa causa para instauração do processo penal ou oferecimento de transação penal. É nesse sentido que foi editado o enunciado 99 do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), XXIII Encontro, realizado em Boa Vista/RR: “*Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal*”. Ou seja, mesmo nos crimes de ação penal pública incondicionada, havendo composição civil dos danos, o membro do Ministério Público pode deixar de propor a denúncia, ou oferecer transação penal, sob o argumento de ausência de uma das condições para o exercício da ação penal: a justa causa.

Até porque uma das finalidades do Direito Penal é servir como instrumento de proteção e pacificação social, possibilitando a convivência harmônica da sociedade, sem guerras constantes diante da violação de bens jurídicos, na medida em que oferece um conjunto de regras predefinidas no trato com os problemas considerados penais, tendo a própria Constituição Federal de 1988 dado ensejo a conclusões desse viés quando do tratamento

³⁹⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini; MAGALHÃES FILHO, Gomes; FERNANDES, Antônio; GOMES, Luís Flávio. **Juizados especiais criminais**, 2ed, RT, 1997, p.129.

³⁹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Juizados Especiais Criminais**, São Paulo: Atlas, 1997, p. 78.

programado aos conflitos que impliquem em lesões de pouca significância e já autorizando o tratamento negocial aos delitos de menor potencial ofensivo, mitigando o princípio da obrigatoriedade, como será analisado no próximo capítulo.

Além da composição civil, na Lei no 9.099/95 estão previstos dois outros institutos despenalizadores e conciliatórios: a transação penal e a suspensão condicional do processo, entretanto, já deve-se advertir que não contam com a necessária participação da vítima.

Havendo representação e não obtida a composição civil, não sendo hipótese de arquivamento³⁹⁷, o Ministério Público oferecerá a transação penal ao ofensor, consistente na aplicação imediata de pena restritiva de direitos e/ou multa, que não importará em reincidência ou reconhecimento de culpa³⁹⁸ e evitará a instauração do processo. Para Guilherme Nucci: “a transação abrange a decisão de não litigar, aceitando o agressor, desde logo, a penalidade – restrição de direito ou multa – sugerida pelo órgão acusatório.”³⁹⁹

A transação penal é um acordo de concessões recíprocas, desde que ausentes as situações impeditivas descritas em seu art. 76, §2º, estipulando como requisitos: a) não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de transação penal; c) se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem tratar-se de medida necessária e suficiente. Se descumpridas as cláusulas do acordo, retoma-se a situação jurídica anterior à proposta de transação penal, possibilitando que o autor da proposta dê continuidade à persecução penal.

Será tratado adiante a nítida semelhança da transação penal com o instituto previsto no artigo 28-A, caput, do Código de Processo Penal, em que também ocorre a mitigação do

³⁹⁷ “Trata-se de imposição fundamental, que deve ser primordialmente atendida pelo acusador público, já que a transação penal somente pode ser aceita se houver lastro probatório suficiente que indique a ocorrência de uma infração de menor potencial ofensivo, ou seja, ao acusado somente se imporá pena restritiva de direitos ou multa em tal momento se for possível uma eventual condenação ao final do processo.” (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 104).

³⁹⁸ “Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento de culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil.” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 164).

³⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 2. p. 430.

princípio da obrigatoriedade da ação penal, permitindo ao Ministério Público, que mesmo dispondo de indícios da autoria e prova da materialidade de uma infração penal, pode renunciar à peça acusatória, transacionando com o autor do fato.

Diante da semelhança entre os institutos, é possível estender o entendimento já firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 468.161-7⁴⁰⁰ de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence ao acordo de não persecução penal. Nesse julgamento, o Tribunal corroborou que a transação penal e a suspensão condicional do processo pressupõem um acordo entre as partes, sendo a iniciativa exclusiva do Ministério Público por ser o titular da ação penal pública. Asseverou, ainda, que a transação penal não é um direito público subjetivo do autor do fato, mas um ato transacional, no qual o Ministério Público transige quando deixa de oferecer denúncia e o autor do fato quando aceita o cumprimento das condições da transação penal para a obtenção da extinção da punibilidade⁴⁰¹. Entretanto, se a transação não for aceita ou se o autor dos fatos não estiver presente na audiência preliminar, no caso de ação penal pública, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, instaurando o processo penal.

Nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei n. 9.099/95, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Ministério Público, oferecendo a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do

⁴⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRIMEIRA TURMA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 468.161-7 GOIÁS - RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE - EMENTA: „Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do leading case da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). 2. *Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.*” VOTO: “(...) Bem de ver, assim, que não se reserva, aí, espaço a transação sem participação do MP (...) Assim, ao contrário do que manifestado na decisão recorrida, o art. 76 (como também o art. 89) da lei nova não se constitui um direito público subjetivo do réu, porém apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotar o princípio da conveniência ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. **A proposta prevista na lei é de exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o dominus litis da ação penal pública, não podendo ser substituído pelo magistrado, em tal encaminhamento.** (...)” Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29227/o-stf-e-anatureza-juridica-da-sentenca-de-transacao-penal>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

⁴⁰¹ Nesse julgamento, o Supremo acata a tesa defendida há tempos por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, os quais entendem que transação penal e a suspensão condicional do processo são atos discricionários do Ministério Público, adotando a doutrina do *facultas agendi*. DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – Comentários. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1996, p. 109.

processo, pelo período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e se presentes os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Sobre a natureza jurídica da suspensão condicional do processo, Ada Pellegrini afirma ser de *nolo contendere*, consistindo uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, não admite culpa e nem proclama sua inocência⁴⁰². Neste ponto, vale a distinção feita por Luiz Flávio Gomes, diferenciando o instituto da suspensão condicional do processo dos tradicionais mecanismos norte-americanos do *guilty plea* e do *plea bargaining*, na medida em que o primeiro é considerado como uma forma de defesa, pois o acusado confessa o fato criminoso que lhe foi imputado para poder ter acesso a benefícios, como a redução de pena. O segundo, por sua vez, é um pacto realizado entre o Ministério Público e o acusado, havendo um acordo sobre qual delito será imputado ao acusado e sobre qual a pena a ser aplicada (geralmente reduzida), oportunidade em que o acusado irá renunciar ao devido processo legal em nome da imediata aplicação da pena.⁴⁰³

Se a proposta de suspensão do processo for aceita pelo acusado e seu defensor, aquele é submetido ao período de prova, sob as seguintes condições: reparar o dano, salvo se não for possível; proibição de frequentar determinados lugares ou de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização; comparecer pessoalmente a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; não vir a ser processado por outro crime ou contravenção penal; além de outras condições que forem adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Cumpridos o período de prova e as obrigações pactuadas, o juiz extinguirá a punibilidade.⁴⁰⁴

De fato, dentre as condições expressamente previstas, encontra-se a imposição de reparar o dano, entretanto, o consenso pela suspensão condicional do processo, nos termos previstos atualmente pela Lei 9.099/95, prescinde da participação da vítima, tratando-se de ato a ser celebrado exclusivamente entre o Ministério Público e o acusado, e submetido à

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 256.

⁴⁰³ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 130.

⁴⁰⁴ Interessante fluxograma dos procedimentos no âmbito de JECRIM em: FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 30.

homologação do juiz. Diante desse cenário, a vítima, muitas vezes, sequer é intimada para a audiência de proposição do acordo. O dano efetivo ao seu patrimônio não é avaliado, não sendo possível precisá-lo por estimativa. E ainda, o Ministério Público, considerando a natureza individual e indisponível, não tem legitimidade para representar os interesses patrimoniais da vítima.

É inegável que a Lei n. 9.099/95 representou uma grande inovação para o sistema legislativo brasileiro, inclusive inspirando a adoção de mecanismos consensuais e de caráter vitimológico por leis posteriores.⁴⁰⁵ Entretanto, em dissertação sobre o tema, Alexandre Wunderlich faz uma crítica ao sistema consensual introduzido ao Brasil por meio da Lei no 9.099/95, afirmando a sua falência por suprimir direitos e garantias fundamentais do cidadão:

O discurso inicial veio orquestrado na satisfação da vítima e na autonomia da vontade das partes, mas produziu, em verdade, supressão de garantias. A lei no 9.099/95 deve ser revista em sua integralidade, quiçá, abolida. Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas. O sistema é, de fato, o único possível: o rígido sistema de garantias constitucionais. Este sistema de garantia que ora é adotado, advém, como se disse, da relação biunívoca de garantias substanciais e instrumentais proposta por Luigi Ferrajoli a fim de estruturar um modelo 'utilitarista reformado', embasado na máxima felicidade possível para a maioria não desviante e no mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.⁴⁰⁶

Em posição contrária, afirmando a constitucionalidade e defendendo a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei no 9.099/95, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

A Lei 9.099/95 não está presumindo culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, já que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a presunção de inocência. Esse diploma legal está apenas cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se ao processo tradicional, conservador, oneroso e desgastante, além de evitar eventual condenação, com suas consequências naturais⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 309-311; LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 217-243

⁴⁰⁶ WUNDERLICH, Alexandre. **A vítima no processo penal** (impressões sobre o fracasso da lei 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre, CARVALHO, Salo de; ROSA, Alexandre Moraes da. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 50-51.

⁴⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55.

Apesar de todas mazelas e críticas, os institutos trazidos pela Lei dos Juizados Especiais coadunam-se com a justiça penal consensual, evitando que o acusado sofra os estigmas do processo penal, com desgaste físico e emocional considerável, afetando sua dignidade humana e refletem uma maior preocupação com a vítima, principal afetada pela prática criminosa.

4.3.2 Mediação

O estudo do consenso, no âmbito jurídico, torna obrigatória a abordagem, ainda que de caráter geral, sobre a justiça restaurativa. A justiça consensual, nos moldes que se aborda neste trabalho, pressupõe a construção de uma mediação entre as partes do conflito, portanto, com participação efetiva do acusado e da vítima, oportunidade em que interferem diretamente no conteúdo das decisões tomadas e das responsabilidades assumidas.

Nessa visão, surge a Justiça Restaurativa como forma de concretização do modelo consensual pautado pela participação efetiva da vítima na resolução dos conflitos penais, com a intenção de que ela possa exprimir seus sentimentos, suas emoções e trazer as verdadeiras consequências suportadas pelo delito, com a finalidade de alcançar, através do diálogo com o acusado, a reparação e a responsabilização deste, sem que isso represente necessariamente a imposição de uma pena, sobretudo privativa de liberdade.

A Justiça Restaurativa não é expressamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, como defende Eloísa de Souza Arruda e Camila Ungar João, tal adoção seria importante, pois a regulamentação da justiça restaurativa traria uma série de benefícios, tais como a diminuição da população carcerária, a recolocação da vítima em posição central no processo e uma maior preocupação com a reeducação dos ofensores e, com isso, a consequente redução das taxas de reincidência, conforme apontam diversos estudos a respeito de experiências restaurativas no Brasil e no mundo⁴⁰⁸.

O princípio restaurativo baseia-se justamente naquilo que inspira a sua nomenclatura: a restauração. Se o delito é um ato lesivo, a justiça deve proclamar em resposta a restauração das

⁴⁰⁸ ARRUDA, Eloísa de Souza; JOÃO, Camila Ungar. **A Justiça Restaurativa e sua implantação no Brasil**. Revista da Defensoria Pública da União. Nº 7, jan/dez 2014, p. 207.

partes,⁴⁰⁹ pautadas pela reparação da vítima e responsabilização do ofensor,⁴¹⁰ e a restauração das relações,⁴¹¹ alcançada por meio da mediação conciliatória, que pode potencializar o arrependimento e o perdão.⁴¹²

A Justiça Restaurativa eleva as partes à condição de protagonistas, que terão oportunidades de participar efetivamente da resolução do seu próprio conflito por meio do diálogo. Este modelo inova ao tratar de forma individualizada a resolução do conflito, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, como a gravidade do delito, as condições em que ele ocorreu, o contexto social, econômico e político que envolve as partes, e as consequências suportadas pela vítima – o que terá impacto direto na busca pela reparação da vítima, os estigmas suportados pelas partes – fator que tem relação com a responsabilização do autor dos fatos, entre outros aspectos relevantes.⁴¹³

Contrariando a corrente abolicionista, é necessário argumentar que a justiça restaurativa representa, sim, uma forma de punição⁴¹⁴, pois, ainda que o infrator opte pelo sistema restaurativo, ele não pode optar por não responder (de nenhuma forma) ao delito e ao dano cometido. Há, inclusive, conteúdo retributivo na imposição da sanção reparadora, já que, ao reconhecer o seu erro, o infrator será julgado pelos outros por seu comportamento de forma negativa e, além disso, o ofensor poderá ser privado de alguns interesses (patrimoniais, se paga compensação, por exemplo) ao assumir o compromisso de cumprir a sanção reparadora

⁴⁰⁹ MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005. p. 448-449

⁴¹⁰ “A responsabilização que decorre destes compromissos não tem por efeito apenas a reparação de um dano causado, mas ainda a chamada à responsabilidade de interpretar seu presente e de se colocar como arquiteto do futuro, enfatizando a potência da vontade.” (MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005. p. 65-66).

⁴¹¹ FERREIRA, Carolina Costa. **As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos**: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Franca, ano 14, n. 19, p. 243, 2010.*

⁴¹² “Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser ‘o que devemos fazer ao ofensor?’, ou ‘o que o ofensor merece’, mas sim ‘o que podemos fazer para corrigir a situação?’” (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 175).

⁴¹³ ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal**. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). *Criminologias e política criminal I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 163-164.

⁴¹⁴ “A justiça restaurativa não é uma alternativa à punição, mas uma forma alternativa de punição.” (ROCHE, Declan. *Retribution and restorative justice*. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007. p. 75-90).

acordada.⁴¹⁵

Entretanto, há uma grande distinção entre a fixação da pena nos moldes da justiça criminal tradicional e a negociação da sanção reparadora alcançada pelo diálogo entre as partes na justiça restaurativa. A pena, principalmente a privativa de liberdade, não faz parte dos objetivos principais deste modelo de justiça, já que o foco está na resolução global do conflito,⁴¹⁶ havendo uma maior preocupação com os danos (econômicos, físicos, emocionais e simbólicos) e consequentes necessidades de todos os envolvidos no conflito (vítima, ofensor e comunidade) em detrimento do simples processo de distribuição de culpa e punição do infrator, característico do modelo retributivo-punitivo.

As partes ocupam papel essencial para determinar a via adequada ao caso concreto, já o Estado terá papel importante ao assegurar o momento do entre as partes, fornecendo a estrutura física e de pessoal para possibilitar o diálogo. Todavia, diferentemente do modelo retributivo-punitivo, o Estado não “roubará o conflito”⁴¹⁷ das mãos dos seus verdadeiros interessados.

Nas palavras de Natália Pérez Rivas: “Mesmo assumindo o risco de simplificar demais, as propostas que assumem um conceito estrito de Justiça restaurativa, um dos maiores expoentes, Marshall, o define como “Um processo pelo qual todas as partes interessadas em uma determinada ofensa se reúne para resolvê-la coletivamente e para discutir suas implicações para o futuro”⁴¹⁸.

Percebe-se, assim, que o modelo de justiça restaurativa, com base essencialmente consensual e vitimológica⁴¹⁹, surge como alternativa para o modelo retributivo-punitivo,⁴²⁰

⁴¹⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 74-75.

⁴¹⁶ [...] o que importa é a identificação dos interesses comuns entre as partes, para a viabilização do diálogo e o caminho da solução do conflito.” (FERREIRA, Carolina Costa. **As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro**. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Franca, ano 14, n. 19, p. 241-252, 2010.).

⁴¹⁷ CHRISTIE, Nils. **Los conflictos como penitencia**. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 165.

⁴¹⁸ PÉREZ RIVAS, Natália., **Los derechos de la víctima en el sistema penal español**, Valencia, 2017, pág.34.

⁴¹⁹ “[...] três correntes de pensamento favoreceram o ressurgimento da justiça restaurativa e dos processos que a ela estão associados (em particular a mediação) nas sociedades contemporâneas ocidentais: trata-se dos movimentos 1) de contestação das instituições repressivas, 2) da descoberta da vítima e 3) de exaltação da comunidade.” (JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005. p. 164).

⁴²⁰ Para quadros comparativos entre as justiças retributiva e restaurativa cf. PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005. p. 24-27.

especialmente naquilo que se refere à inclusão da vítima no processo de resolução do seu conflito penal; à aproximação das partes, por meio do diálogo, deixando os operadores do direito de ser os protagonistas do processo;⁴²¹ e à busca pela restauração e não somente pela punição.

A breve noção aqui exposta sobre justiça restaurativa permite concluir que o ideal de restauração suplanta a ideia de uma reparação limitada subjetivamente, já que não se acha restrita apenas às vítimas de delito, bem como a de uma reparação limitada quanto a seu conteúdo, já que a restauração não se vincula apenas a uma acepção material ou patrimonial, abrangendo também suas acepções simbólica e psicológica.⁴²²

Em relação às vítimas, é nos modelos restaurativos que essas recebem do sistema penal sua maior valorização⁴²³, considerando as situações pretéritas de abandono e frustrações, consequências da vitimização secundária do processo tradicional, para serem alçadas à protagonistas do caso penal, possibilitando sentimentos importantes como sensação de segurança, dignidade e autonomia. Isso tudo resulta da possibilidade de a vítima participar da construção de uma solução dialogada e não mais imposta pelo Estado.

O modelo ideal de justiça restaurativa deve contar com a estrutura necessária para viabilizar, em favor das vítimas da infração penal, não somente um tratamento com respeito a

⁴²¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.83.

⁴²² “A amplitude do processo restaurativo não fixa a reparação material dos danos como fim único ou objetivo da justiça, o que determina um rompimento do paradigma da modernidade e a superação de seus pilares, que tem no patrimonialismo, idealizado pelos ideais burgueses, o maior deles.” (SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 168).

⁴²³ PINTO traz uma tabela comparativa acerca dos efeitos em relação à vítima, advindos da justiça retributiva e da justiça restaurativa:

| JUSTIÇA RETRIBUTIVA | JUSTIÇA RESTAURATIVA |
|---|--|
| Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa. | Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa. |
| Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado | Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação |
| Frustração e ressentimento com o sistema | Tem ganhos positivos. Suprem-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade |

sua dignidade, a começar pelo atendimento na Delegacia de Polícia, mas também assegurando àquelas e a seus familiares o direito, sem qualquer ônus, à assistência médica, psicológica, social, jurídica e econômica, recordando-se, assim, a amplitude do conceito de restauração.

Quanto à reparação monetária dos danos, não podemos nos esquecer dos casos em que as vítimas de delito se satisfazem com um simples pedido de desculpas da parte do ofensor, dispensando a reparação econômica. Entretanto, se essa fosse necessária e caso não pudesse ser viabilizada diretamente pelo autor, considerando a sua situação financeira precária, poderia o Estado, subsidiariamente, dispor de fundos públicos para reparar esses danos, nos termos do que foi previsto no ordenamento espanhol.

Sob a ótica do ofensor, o modelo restaurativo mostra-se igualmente mais vantajoso se comparado ao modelo tradicional, possibilitando a desconstrução dos estigmas e preconceitos existentes. A possibilidade de um diálogo com a vítima, em um ambiente propício, com o devido amparo psicológico, ajuda o ofensor a conscientizar-se de sua conduta, com suas respectivas consequências, oportunizando a manifestação de eventual arrependimento, aliado ao pedido de perdão e proposta de reparação. Assim, as partes constroem uma solução restaurativa, distanciando-se de uma solução imposta por terceiro.

Por fim, não se deve esquecer que a participação da sociedade no processo penal não pode ser restrita à intervenção estatal, por seus agentes tradicionais (juiz, promotor, defensor público) devendo também possibilitar o ingresso no diálogo restaurativo tanto de membros da comunidade (aqueles que tem relação pessoal com ofensor e vítima) como o ingresso da sociedade como um todo, que poderia ser representada por entidades civis idôneas com atuação na defesa de interesses sociais, tais como as que promovem a defesa do meio ambiente, dos direitos do consumidor, dos direitos de minorias, etc., exigindo-se, por óbvio, neste caso, que seus fins sociais guardem pertinência com o caso concreto.

Essa abertura do processo restaurativo à participação da sociedade não somente enriquece o diálogo de restauração, mas também estimula o exercício da cidadania, no que contribui para a construção de uma sociedade mais democrática e inclusiva. Para Marcelo Saliba:

A participação da comunidade se apresenta como indispensável em todos os procedimentos, e cinco razões podem ser apontadas, de forma não exaustiva, a justificá-la: 1º) para o fortalecimento dos vínculos estabelecidos entre delinquente,

vítima e comunidade; 2º) para a reinserção social mais efetiva; 3º) para a conscientização da importância social do fato pelo desviante, vítima e comunidade; 4º) para a conscientização da importância do processo para a comunidade; 5º) para a efetiva soberania e cidadania participativa no Estado Democrático de Direito e promotor da justiça social. [...] Somente com a participação efetiva da comunidade o consenso poderá existir e as diferenças serem superadas, pois o estigma causado pela justiça penal retributiva afasta o consenso e acentua a diferença, a ponte de a comunidade não enxergar a pessoa mais por seus atributos pessoais e sim pelos atributos da etiqueta que lhe foram impostos socialmente⁴²⁴.

A proposta da justiça consensual, notadamente a partir do modelo restaurativo é inovadora e promissora. Assim, foram estabelecidas as bases para a expansão das práticas restaurativas, com apresentação das características gerais da Justiça Restaurativa, por se tratar de modelo com forte influência vitimológica, de necessária referência no estudo da vítima e do consenso no processo penal.

4.3.3 Negociação

A justiça negociada, tida como espécie da justiça consensual, tem por influência o modelo norte americano, que se materializa por intermédio do instituto denominado *plea bargain*⁴²⁵, o qual consiste em um acordo entabulado entre a acusação e o réu, por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor. Anote-se que, em regra, esse acordo será entre o órgão acusador ministerial e a defesa – réu e seu advogado, excluindo a vítima de qualquer atuação determinante.

Para o autor americano Garner Bryan, o instituto do *plea bargaining* pode ser conceituado como:

Um processo através do qual o acusado e o Ministério Público, num processo criminal procedem a uma regulação mutuamente satisfatória do caso sujeita à aprovação do tribunal. Por regra, envolve a admissão da culpa do réu relativamente a um crime

⁴²⁴ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 163.

⁴²⁵ Embora o Supremo Tribunal dos Estados Unidos não tenha definido, especificamente, o termo “*plea bargaining*”, descreveu, de modo sumário, o processo como “regulação das acusações criminais por acordo”. Ainda sobre o conceito de *plea bargaining*, tenha-se em conta, na doutrina portuguesa, a definição de Pedro Soares de Albergaria. O autor conceitua a expressão como “a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*)”. (ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 20).

menos grave ou só um ou alguns de vários crimes de que foi acusado em troca de uma pena mais leve do que aquela que seria possível pela acusação mais grave⁴²⁶.

Evita-se, assim, por consequência, o desfecho tradicional de um processo criminal, garantindo-se uma rápida resposta estatal. Nesse contexto, Rodrigo Brandalise defende a celeridade e o prazo razoável da duração do processo como causa legitimadora da justiça negociada. Para tanto, afirma que a lentidão da justiça prejudica os interesses do Estado, da vítima e da sociedade, transmitindo a sensação de insegurança e ausência de proteção de direitos individuais, em virtude da falta de repressão penal. Além dos prejuízos coletivos, constitui prejuízo ao próprio acusado que tem sua vida pessoal, profissional, liberdade e paz comprometidas.⁴²⁷

Nesse sentido, Beccaria já asseverava que o processo deve ser conduzido sem delongas injustificadas, afinal, quanto mais rápido se aplicar a pena, mais perto do delito estar-se-á, portanto, mais justa e útil ela será⁴²⁸.

Conforme Antônio Henrique Graciano Suxberger e Dermerval Farias Gomes Filho, a introdução de mecanismos de justiça penal negociada em ordenamentos jurídicos do sistema *civil law* é marca da segunda metade do século XX e do início do século XXI⁴²⁹. Máximo Langer afirma que as razões que justificam a introdução negociada variam conforme a jurisdição considerada, mas que uma razão comum é o aumento da criminalidade experimentado a época⁴³⁰.

Pode-se entender que a duração razoável do processo configura, assim, não só um interesse do Estado, mas também da sociedade, vítima, e principalmente como um direito de quem sofre a imputação penal. Esse entendimento foi recepcionado pela Constituição pátria por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que fixou no art. 5º da CF/88, o inciso LXXVIII.

⁴²⁶ BRYAN, A. Garner, editor. **Black's Law Dictionary**, rev. 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, p. 131.

⁴²⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 21.

⁴²⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 59.

⁴²⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermerval Farias. **Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negociado**. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 1, 2016, p. 383-384.

⁴³⁰ LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul./dez. 2017.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Diante do apresentado e sabendo que o *Plea Bargaining* representa a própria concepção de justiça negociada, passa-se a expor, ainda que resumidamente, os procedimentos desse mecanismo processual que visa, especificamente, a negociação da sentença criminal.

Segundo Gabriel Silveira de Queirós Campos, o *Plea Bargaining* “é um instituto processual penal que se originou nos Estados Unidos da América em meados do século XIX”⁴³¹. Já podemos identificar, pela tradução literal do instituto, tratar-se de uma declaração resultante de uma barganha, uma negociação ou acordo, conforme aduz Rafael Luiz estrada Duque: “A ideia de *plea* é a de resposta, ou seja, declaração do réu, traduzindo-se a célebre frase dos julgamentos anglo-saxônicos: *How do you plea*, ou seja, “Como o réu se declara diante de determinada acusação [...]”⁴³²

Analisando o instituto historicamente, verifica-se que a criação do acordo negociado de pena “não se deu de forma legislativa, mas foram os próprios agentes processuais que passaram a atuar de maneira negocial, com o fim de conseguirem atalhos e facilitarem o andamento dos trabalhos”⁴³³, ou seja, sua origem se deu de modo informal, em que as partes do processo crime chegavam a um acordo sobre a sentença criminal, encerrando aquele processo de maneira mais rápida e fácil.

Em uma explicação técnica, o *Plea Bargaining* consiste em uma negociação entre acusador e acusado dentro do processo-crime, no qual o órgão de acusação oferece uma proposta de acordo que pode reduzir a pena pleiteada, modificar o tipo de crime ou mesmo reduzir o número de crimes imputados na denúncia (*charge bargaining*), bem como a possibilidade de negociar aspectos ligados diretamente a uma sentença a ser recomendada ao juiz - como o tipo de pena a ser aplicada, atenuantes a serem reconhecidas e local da pena a ser

⁴³¹ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 5.

⁴³² DUQUE Estrada, Rafael Luiz. **Transação Penal no Brasil e nos Estados Unidos**. 2009, p. 27

⁴³³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 64

cumprida – ou de não se opor ao requerimento de sentença feito pela defesa (*sentence bargaining*), com a condição de que o acusado se declare culpado, seja por meio da confissão da prática do crime (*guilty plea*), seja pela não contestação da ação penal (*plea of nolo ou nolo contendere*), o qual não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação de danos causados pelo crime⁴³⁴, cabendo à vítima, então, demandar autonomamente no juízo cível eventuais indenizações pelos danos sofridos.

É importante ressaltar, que a não contestação do *nolo contendere* não é aceito em todos os Estados americanos e, onde se admite, há a necessidade de apreciação de alguns requisitos, entre eles, o interesse público na administração efetiva da justiça pelo Juízo para que seja aceita, conforme *Rule 11, (a), (3) do Federal Rules of Civil Procedure*⁴³⁵. Ademais, a acusação não é obrigada a aceitar o *nolo contendere*, podendo não propor acordo e dar continuidade ao processo em sua tramitação ordinária. Sua prática é bem mais comum em situações de crimes econômicos, pois caso o réu se declarasse culpado (*guilty plea*) suas confissões resultariam bastante prejudiciais em ação cível de reparação de danos.⁴³⁶

O cerne do instituto negocial aqui apresentado é que o acusado de um delito dentro do processo crime, possa receber uma condenação mais leve do Estado, caso fosse submetido ao juiz togado ou ao júri, em troca de colaborar para uma justiça mais célere, reduzindo o número de processos nos tribunais e, por consequência, economizar gastos vultuosos com o sistema judiciário. Para Rodrigo Brandalise, há na verdade, concessões mútuas. De um lado o órgão acusador abre mão de possivelmente alcançar, no curso do processo, uma sentença mais gravosa e de outro a defesa, renunciando seus direitos fundamentais à não autoincriminação, de ser julgado por um juízo, do contraditório, ampla defesa e até mesmo o direito de apelar.⁴³⁷

Verifica-se que o instituto do *Plea Bargaining* no âmbito do direito norte-americano, tem incidência no curso do processo crime, podendo ser realizado a partir da formalização da acusação.⁴³⁸ Importante realizar, entretanto, a contextualização histórica desse processo, que

⁴³⁴ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 4.

⁴³⁵ <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>

⁴³⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 65.

⁴³⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 27.

⁴³⁸ Brandalise, afirma que: “Admite-se a negociação a partir do momento da formalização da acusação, com o

parte do sistema jurídico *Common Law*, ou seja, um sistema jurídico em que as principais fontes são os costumes os precedentes judiciais (*stare decisis*). No Brasil, por sua vez, é adotado o sistema do *Civil Law*, em que toda aplicação de pena é regida por uma legislação própria, sendo a fonte primordial do direito, onde o costume, em apenas alguns casos, torna-se fonte secundária.

Além disso, o sistema processual penal norte-americano é o acusatório, já que tem por distintas o exercício das funções de acusação, defesa e julgamento; o exercício da jurisdição depende de acusação formal; e são assegurados ao acusado direitos processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Entretanto, para explicar o desenvolvimento processual da instrução probatória norte-americana, adotamos o entendimento de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que a instrução probatória naquele país se dá pelo *Adversarial System*, consistente no “modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas”⁴³⁹. Portanto, ressalte-se que tal modelo diz respeito a como se dará a instrução processual dentro do processo-crime, especialmente no que diz respeito à iniciativa probatória e gestão de provas.

Assim, diferentemente do sistema penal brasileiro, o processo criminal norte americano tem características de litigação civil, possibilitando que as partes componham sobre as provas a serem apresentadas, o momento da apresentação de tal prova, entre outras, afastando-se do princípio da verdade real utilizado em nosso ordenamento, que é imposto às partes e ao juiz no curso da demanda criminal.

Rodrigo Brandalise, ao discorrer sobre esse sistema processual americano, afirma:

O juiz possui uma participação passiva na investigação, mesmo a que se passa no âmbito judicial, pois o *prosecutor* tem franco interesse quanto ao resultado final do processo, na busca de uma verdade que demonstre a participação do acusado, ao passo em que a defesa busca afastar tais assertivas. Assim, é natural a obtenção de verdades acordadas, pois o resultado se mostra mais relevante do que a obtenção de como os fatos aconteceram. Por tal motivação, admite que a confissão/*guilty plea* seja tomada como forma de extinção do processo (por atuar o juiz de forma passiva, as partes definem o alcance processo – fático e probatório – movidas por interesses estratégicos,

reconhecimento de que ela pode ocorrer, inclusive, durante a execução da sentença condenatória prolatada.” (Ibid., p. 68)

⁴³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, 1999. p. 16.

com possibilidade de investigação pelas duas partes)⁴⁴⁰.

Em relação ao papel desempenhado pelo Juiz, limita-se à verificação das condições formais para homologação de legalidade e voluntariedade dos pactuantes. Neste momento, o Juiz pode recusar o acordo se verificar que o acusado não está apto a realizá-lo, não tem perfeito entendimento de suas condições ou a elas não aderiu voluntariamente, ou não tem plena compreensão dos direitos de que abdicou (como o de ser julgado por um júri, quando cabe à acusação demonstrar sua culpa além da dúvida razoável; o de confrontar e reperguntar às testemunhas da acusação e de apresentar, se quiser, testemunhas de defesa; o de testemunhar em sua autodefesa ou o de silenciar, sem que isso possa ser considerado em seu desfavor; o de apelar, em caso de condenação)⁴⁴¹.

Sobre o procedimento utilizado, os autores Erwin Chemerinsky e Laurie Levenson, abordam o tema de forma didática⁴⁴²:

“[...] se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance ou arraignment on complaint*), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança.

“Em seguida, a acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá, em audiência, as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa causa para que o réu vá a julgamento. Aceitando a acusação, o Grande Júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-se “indiciamento” (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento.

“Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*) [ou se não deseja contestar quando aceito no Estado, *plea of nolo*], além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*).

Passa-se à fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar

⁴⁴⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 59

⁴⁴¹ MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. Revista jurídica Consulex, v. 18, n. 407, jan. 2014, p. 20.

⁴⁴² CHERMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure 2008: Case and Statutory Supplement**. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11.

as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais.

Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea ou plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento.

Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado.

Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*).

Da análise desse procedimento, há de se observar que existem dois modelos de processos junto às cortes criminais, uma vez que, se as partes chegam a um consenso pelo acordo do *Plea Bargaining*, finda o processo com a homologação judicial dos termos negociados. Entretanto, frustrado o acordo, o processo toma o seu rumo natural, mais longo e moroso, o qual não é objeto do nosso estudo.

É fato que a vasta aplicação do sistema negocial no sistema americano decorre também da ampla discricionariedade que detém o órgão da acusação, para afastar ou reduzir imputações, estabelecer acordos quanto à sentença a ser aplicada. No campo da negociação, as opções da acusação são ilimitadas, embora, evidentemente, o promotor não possa nortear suas decisões e condições em critérios discriminatórios, como raça, religião, ou outros⁴⁴³.

Nesse sentido, Rodrigo Brandalise: “Neste aspecto, ressalta-se a forte independência concedida ao Ministério Público americano, inclusive com a nota de que grande parte das condenações proferidas lá decorrem da negociação – *plea of guilty*, onde também se insere a concepção de *plea bargaining*”.⁴⁴⁴

De todas as observações sobre o modelo norte-americano, Fernando José dos Santos Pinto Torrão salienta que um sistema processual fortemente ancorado na confissão de culpa por

⁴⁴³ MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. Revista jurídica Consulex, v. 18, n. 407, jan. 2014, p. 18.

⁴⁴⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 67

parte do acusado pode mostrar-se bastante eficiente, mas, por outro lado, perversamente temerário, quer para as garantias constitucionais, quer para o princípio da verdade material. Assim, a admissibilidade de espaços de consenso no processo penal pode ser político-criminalmente desejável, desde que dentro de limites intransponíveis⁴⁴⁵.

Ressalta-se que, embora a introdução da justiça penal negociada nos ordenamentos continentais tenha inspiração no modelo norte-americano, não se trata propriamente de um movimento de americanização do processo penal em países de *civil law*, mas sim de um movimento de expansão da utilização do consenso na resolução de conflitos penais em diferentes sistemas jurídicos. Portanto, "a expansão generalizada dos acordos penais não significa a expansão igualmente generalizada da *plea bargaining*"⁴⁴⁶. Isso significa dizer que os países de tradição continental apresentam características próprias no processo de introdução dos acordos processuais penais em seus ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a justiça negociada é aplicada de forma contida, uma vez que a seara criminal foge da esfera meramente privada, alcançando um interesse estatal com objetivo de perseguir o autor do fato criminoso (*jus persequendi*) e de puni-lo⁴⁴⁷ (*jus puniendi*), seja para fins de repressão criminal, seja para que se alcance a reinserção social do condenado.

Além do interesse do Estado em aplicar a pena, há ainda uma gama de direitos e garantias fundamentais assegurando o devido processo legal e a paridade de armas entre as partes no processo penal. Aliado à isso, o fato que o Brasil adota, como instrumento de política

⁴⁴⁵ TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 156-157.

⁴⁴⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil**. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee de Ó; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). Projeto de lei anticrime. Salvador: Editora JusPodivm, 2019b. p. 119.

⁴⁴⁷ Sobre a pena, Nucci explica que: "É a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se subdividem (positivo e negativo): a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime." (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 342)

criminal, o modelo garantista no processo penal⁴⁴⁸, este “mais preocupado – por vezes em excesso – com o respeito aos direitos e liberdades individuais[...]”⁴⁴⁹, o que, de igual forma, acaba dificultando a utilização dos acordos que relativizam o manejo desses direitos no curso da ação penal.

Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro vem timidamente tipificando alguns institutos negociais no processo criminal - além das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95 – identifica-se a colaboração premiada, o acordo de leniência, e mais recentemente aprovado, o acordo de não persecução penal, objeto de estudo do último capítulo.

Além disso, o tema vem sendo debatido há mais de 10 anos no Congresso Nacional, considerando as previsões negociais veiculadas no projeto do novo Código de Processo Penal, mais especificadamente no artigo 283, do Projeto de Lei n.º 156/2009 (Senado Federal) ou Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (Câmara dos Deputados). Trata-se de considerável ampliação da justiça negociada no processo penal pátrio, como exposto a seguir.

4.4. A Justiça Consensual no projeto do novo Código de Processo Penal

Perseguindo os pilares determinantes das últimas alterações do Código de Processo Penal brasileiro, quais sejam, solidificação do modelo acusatório, efetivação da garantia ampla defesa, fortalecimento do contraditório e reconhecimento da dignidade humana, o projeto que tramita perante o Congresso Nacional visando a criação de um novo Código de Processo Penal (PLS n.º 156/2009), corrobora essa mudança de paradigma, estando compatível à nova ordem constitucional⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Fernando Fernandes afirma que o processo penal funciona como uma ferramenta de política criminal que tem o objetivo de contribuir para as finalidades do Direito Penal e continua: “na atualidade, existem dois modelos básicos de tratamento da chamada questão penal: um primeiro, denominado “garantista” ou garantidor, para o qual o Direito Penal serve como instrumento de defesa não só social e dos interesses do acusado e da vítima, mas também como instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, através da sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais; por outro lado, um segundo modelo, a que se poderia chamar “eficientista”, com maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal.” (FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 10-11 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012. p. 2

⁴⁴⁹ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. p. 4.

⁴⁵⁰ O atual Código de Processo Penal brasileiro – Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, mesmo com as reformas pontuais, “encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do

O Projeto de Lei n.º 156/2009, exposto ao Senado Federal por uma comissão de juristas, foi acatado pelo Plenário daquela Casa Legislativa e atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados aguardando apreciação, tendo passado a tramitar como Projeto de Lei n.º 8.045/2010⁴⁵¹.

O novo Código de Processo Penal prevê importantes e significativas alterações no contexto da justiça consensual, ampliando as situações de sua aplicabilidade. Assim, analisa-se as possíveis mudanças que se aproximam e estão relacionadas ao objeto do nosso estudo.

A primeira alteração, quase que meramente formal, refere-se à revogação parcial da Lei 9.099/1995. O procedimento sumaríssimo, atualmente regulamentado pela referida lei e aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo, passa a ser parte integrante do novo Código. Destaca-se que, para se ajustar à nomenclatura trazida pelo artigo 98, inciso I, da Constituição da República brasileira de 1988, o procedimento passa a ser chamado de “sumaríssimo”. Com isso, todos os procedimentos penais ficam concentrados em um único texto legal.

Ainda em relação aos Juizados Especiais, o Projeto de Lei prevê, na fase processual, a extinção da punibilidade quando as consequências do fato forem de menor repercussão social e houver a efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima⁴⁵². Anota-se que o legislador criou mais uma medida de caráter consensual, enfatizando a reparação do dano e assegurando uma maior proporcionalidade da resposta estatal ao fato criminoso.

Se as atuais proposições que constam no Projeto de Lei forem acatadas, a medida consensual ficará intrinsecamente ligada à subjetividade do órgão julgador, tendo em vista que o artigo contém conceitos jurídicos indeterminados, tal como o conceito de “menor repercussão social”. Desse modo, caberá ao magistrado motivar a sua decisão, a fim de assegurar uma adequada aplicação da inovação legal. Ressalta-se que tal medida é mais abrangente que a

citado Decreto-lei n.º 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional.” (**Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 156/2009**. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf> Acesso em: 01 de nov de 2021).

⁴⁵¹ Apenas a título de registro, o Projeto de Lei n.º 7.987/2012, com proposta para um novo Código de Processo Penal, também aguardava apreciação perante a Câmara dos Deputados e foi apensado ao Projeto de Lei n.º 8.045/2010. Dessa forma, a tramitação dos dois ocorre em conjunto.

⁴⁵² O artigo 308, §4º, do PLS n.º 156/2009 contém a seguinte redação: “Nas infrações penais em que as consequências do fato sejam de menor repercussão social, o juiz, à vista da efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima, poderá julgar extinta a punibilidade, quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puderem causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito.”

composição civil, podendo ser aplicada tanto nas ações penais públicas incondicionadas quanto nas ações públicas condicionadas à representação.

Os institutos consensuais despenalizadores atualmente previstos na Lei 9.099/1995 também foram alterados pelo Projeto de Lei, ampliando o âmbito de aplicação dos benefícios processuais e corrigindo alguns problemas práticos constatados ao longo do tempo da legislação em vigor.

A composição civil poderá ser obtida a qualquer tempo, acarretando a extinção da punibilidade caso o acordo seja realizado e cumprido no desenvolvimento do processo⁴⁵³. O Projeto de Lei amplia a incidência dessa forma de resolução do conflito ao não restringir a aplicação do acordo apenas na ocasião da audiência preliminar, tal como está previsto na Lei 9.099/1995.

Em relação à transação penal, via consensual com mais problemas práticos atualmente, a proposta de mudança na legislação processual penal visa sanar alguns desses pontos polêmicos. As objeções quanto à possibilidade de aplicação do instituto jurídico na ação penal de iniciativa privada restam inócuas, uma vez que o PLS n.º 156/2009 extingue tal espécie de ação penal, permanecendo apenas a ação penal pública incondicionada e a condicionada à representação. A participação da vítima fica restrita à apresentação de queixa subsidiária, dando-se esta somente nos casos de inércia do Ministério Público.

Na hipótese de não cumprimento da transação penal, o Projeto de Lei prevê, como consequência, o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e, com isso, o prosseguimento do processo⁴⁵⁴. Tal modificação – acrescida pelo Senado Federal ao Projeto de Lei – buscando garantir mais efetividade ao instituto, está em harmonia com as decisões dos tribunais superiores brasileiros sobre o tema, que já pacificaram o entendimento pela retomada do processo ao estado anterior em caso de descumprimento. Desse modo, resta evidente que a decisão homologatória do acordo não faz coisa julgada material, não forma título executivo e muito menos envolve decisão de mérito, tendo sido enquadrada pelo artigo 308, §2º do PLS n.º 156/2009 como decisão interlocutória e, como tal, irrecorrível.

⁴⁵³ A composição civil está disciplinada no artigo 301, §2º do PLS n.º 156/2009.

⁴⁵⁴ O artigo 303, §6º do PLS n.º 156/2009, contém a seguinte redação: “Se houver descumprimento da pena imposta na forma do §4º deste artigo, o juiz dará vista dos autos ao Ministério Público para, se for o caso, oferecer denúncia escrita, após o que o acusado será citado e cientificado da designação da audiência de instrução e julgamento, prosseguindo-se de acordo com as demais regras do procedimento sumaríssimo”.

Ainda no tema relativo à transação penal, o Projeto de Lei inovou ao vislumbrar a suspensão do prazo de prescrição durante o cumprimento dos termos pactuados no acordo. Caso a pena restritiva de direitos ou a multa aplicada na celebração do acordo sejam descumpridas, o período que foi adimplido será computado, pela metade, em eventual sanção aplicada por sentença ao final do procedimento sumaríssimo.

A questão polêmica da recusa injustificada do Ministério Público em formular a proposta de transação penal não foi contemplada pelo Projeto de Lei, que manteve a mesma redação da Lei 9.099/1995, segundo a qual o órgão ministerial “poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, permanecendo aberta a discussão referente à natureza jurídica do instituto.

No concernente à suspensão condicional do processo, duas inovações importantes merecem notoriedade. A primeira diz respeito a uma das condições a serem cumpridas no período de prova, tendo acrescido o termo “periodicamente” no que se refere ao comparecimento pessoal e obrigatório a juízo para informar e justificar sobre as atividades. Dessa forma, poderá o magistrado avaliar qual a frequência mais adequada a se aplicar ao fato jurídico, considerando-se a flexibilidade do termo inserido na lei. A mudança só vem legalizar o que a prática forense já vinha há muito permitindo.

A outra novidade abarcada pelo Projeto de Lei refere-se às causas de revogação do benefício processual. Diferentemente da Lei 9.099/1995, que aponta alguns motivos obrigatórios e outros facultativos de revogação da suspensão condicional do processo, o PLS n.º 156/2009 contempla apenas causas facultativas, utilizando a expressão “poderá ser revogada” para todas as circunstâncias descritas no artigo 266, §3º do referido Projeto de Lei. Destaca-se que, no caso de descumprimento das condições impostas, o Ministério Público, “em face da justificativa apresentada pelo acusado, poderá requerer a prorrogação da suspensão ou reformular a proposta, com o objetivo de possibilitar o seu cumprimento”⁴⁵⁵. Com essas alterações, evita-se ao máximo o prosseguimento do processo nas ocasiões em que a persecução penal se configura como um encargo excessivo, tornando-se o benefício processual mais flexível.

Por fim, merece destaque a maior inovação trazida pelo projeto do novo Código de

⁴⁵⁵ Artigo 266, §4º do PLS n.º 156/2009.

Processo Penal no contexto da justiça consensual. O PLS n.º 156/2009 prevê, dentro do procedimento sumário⁴⁵⁶, um novo modelo de solução do conflito jurídico-penal, possibilitando a aplicação imediata de pena privativa de liberdade nos casos em que houver acordo entre as partes⁴⁵⁷.

Sem a realização de qualquer juízo crítico, apenas a título de angariar informações, o artigo 283 do referido projeto restringe a via consensual aos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos. Além disso, são elencados três outros parâmetros que devem ser observados: a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo legal, mesmo com a incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena; a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas. Desse modo, a decisão homologatória do acordo é expressamente prevista pelo artigo 283, §8º, como sentença condenatória, tendo em vista a confissão dos fatos por parte do acusado e a consequente definição quanto à culpabilidade. Diferentemente do que veremos no Acordo de não persecução penal, aqui há efetiva aplicação imediata de pena.

Nos termos de Francine Nunes Arantes, é inegável que a inserção desse novo procedimento sumário promove importantes modificações no modelo de justiça consensual penal pátrio e, certamente, encontrará resistências e críticas por parte de alguns doutrinadores. Porém, a adaptação da persecução penal aos anseios da sociedade moderna mostra-se necessária, cabendo ao aparato judicial e ao Ministério Público analisar os casos concretos e as

⁴⁵⁶ Como indicado na exposição de motivos do PLS n.º 156/2009, “De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos”. (Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 156/2009).

⁴⁵⁷ O autor Jorge Figueiredo Dias propõe semelhante forma de resolução do conflito penal no sistema jurídico português, a fim de solucionar ou diminuir a atual sobrecarga do Judiciário naquele país. A proposta de justiça consensual também tem como pressupostos essenciais a confirmação dos fatos pelo arguido e a consequente aplicação de pena sem o devido processo legal. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em Processo Penal: O “fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010).

hipóteses legais, a fim de que sejam preservados os princípios que o processo penal acolhe⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ ARANTES, Francine Nunes. **Justiça Consensual e Eficiência do Processo Penal**. Lisboa: Universidade de Lisboa. 2015 (Dissertação de Mestrado).

5. A VIA CONSENSUAL NA PERSPECTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1. Perfil democrático do Ministério Público

Como já vimos, no início da civilização, antes do Estado avocar para si a missão de fazer justiça, não havia um órgão com independência, soberania e autoridade sobre as pessoas, razão pela qual "quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão"⁴⁵⁹, resultando em uma vingança privada, baseada na força e na retribuição pelo mal causado, repassando ao ofendido o julgamento e a imposição da pena.

Entretanto, a vingança nunca foi a melhor maneira de resolução de conflitos, uma vez que as punições eram desproporcionais ao mal causado, além disso, se o ofensor fosse muito mais poderoso do que a vítima, nada era feito e se consolidava a impunidade. Logo foi se reconhecendo que esse modelo não assegurava a justiça, e o Estado percebeu a necessidade de readequação do modelo proposto.

Assim, ocupando a posição constitucional de função essencial à justiça, o Ministério Público surgiu na Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, com viés nitidamente democrático. Nessa fase, como destaca Eloisa de Souza Arruda, "o papel destinado ao Ministério Público na Carta Magna de 1988 foi, dentro da nova sociedade complexa que surgia, o da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"⁴⁶⁰.

Como ensina Antônio Carlos da Ponte e Pedro Demercian, a Constituição Federal de 1988, alterou, substancialmente, o perfil do Ministério Público, afastando-o da conformação que hoje tem na grande maioria dos países da Europa Continental, onde, aliás, deita raízes a Instituição. Enfatizou-se a peculiar natureza jurídica desse órgão, que não integra e tampouco se submete à hierarquia do Estado-Aparato; o espaço de autonomia do Ministério Público passa a ser bastante distinto de outros entes Estatais, notadamente porque ele é, na verdade, o próprio

⁴⁵⁹ DE ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Editora Malheiros. 15ª, edição. 1999, p. 21.

⁴⁶⁰ ARRUDA, Eloisa de Souza. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**. In: Miranda, Jorge; SILVA, Marco Antônio da (Coord). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.373.

fiscal do poder. A partir de 1988, como se disse, o Ministério Público perdeu o papel de advogado do Estado e se transformou, definitivamente, em advogado da sociedade: a sociedade-governante⁴⁶¹.

Além disso, "através do Ministério Público, o Estado assumiu a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada"⁴⁶².

Deste modo, depois de todo o processo evolucionar do nosso sistema processual penal, atualmente o poder de punir do Estado é exercido exclusivamente através da jurisdição penal, atividade de competência do Poder Judiciário, mas provocado pela ação penal, de atribuição privativa do Ministério Público, o que deixa o juiz equidistante dos interesses das partes e gera a dupla personalidade do Estado no processo penal, segundo Auri Lopes Júnior:

Essa evolução levou o Estado a aceitar no processo penal uma soberania mitigada, pois deve submeter ao debate público sua pretensão acusatória e poder punitivo. Enquanto dura o processo, dura a incerteza, até que se pronuncie a sentença. Por isso, a personalidade do Estado, que aparece monolítica dentro do direito público interno (constitucional e administrativo), uma vez dentro do processo penal parece dividir-se e modelar-se distintamente, segundo os diferentes papéis que exerce: de juiz, na atividade jurisdicional, e como titular da função punitiva; e de Ministério Público na atividade encaminhada à perseguição dos delitos (como titular da pretensão acusatória)⁴⁶³.

Embora reconhecido como órgão do Estado, o Ministério Público necessita de independência no exercício de suas atividades, razão pela qual não poderia integrar qualquer dos poderes da República. Assim, foi conceituado como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, ou seja, como órgão autônomo de fiscalização e controle, dotado de garantias e instrumentos típicos da soberania estatal⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ PONTE, Antônio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público Brasileiro e a Justiça Consensual**. Foro, Nueva época, vol. 22, núm. 1, 2019.

⁴⁶² JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade**. Editora Forense. 4a edição. 2001. P. 25.

⁴⁶³ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Editora Lumen Juris. 2a edição. 2003. P. 25.

⁴⁶⁴ Marco histórico para a consolidação das missões constitucionais do Ministério Público brasileiro foi a Carta de Curitiba, lavrada em 1986, no primeiro encontro nacional de Procuradores de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, em Curitiba. Ela conceituou o Ministério Público como instituição permanente do Estado, responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 59p.

De acordo com lição de Emerson Garcia “(...) o Ministério Público não integra a administração direta ou indireta, o que, de imediato, afasta qualquer vestígio de subordinação hierárquica ou de uma pseudo tutela ou supervisão por parte dos órgãos verdadeiramente integrados na estrutura do Poder Executivo (Secretarias, Procuradoria etc)”⁴⁶⁵.

De fato, o Ministério Público não integra o Executivo, Legislativo e Judiciário, no entanto ele fiscaliza suas atividades, provoca atuações e controla suas funções. É um importante mecanismo do sistema democrático de controle de freios e contrapesos que gera uma interatividade e interferência recíprocas entre os poderes.

Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que as feições singulares conferidas à instituição pelo constituinte originário materializam uma inédita conformação na história brasileira – e mesmo no direito comparado -, arquitetando-a no sentido de determinar sua atuação desinteressada na defesa dos mais elevados e essenciais valores dispostos na ordem constitucional, tanto em âmbito judicial quanto na ordem administrativa⁴⁶⁶.

Trata-se, então, de instituição dotada de ampla autonomia e independência em relação aos três poderes constituídos e que executa atividades típicas do exercício da soberania estatal. Sem prejuízo das demais funções institucionais dispostas no artigo 129 da Constituição Federal, a pertinência temática do presente estudo demanda especial análise sobre a atribuição conferida ao Ministério Público quanto à titularidade privativa sobre a ação penal pública (inciso I).

Com efeito, a titularidade da pretensão acusatória é conferida ao Ministério Público nos crimes de ação penal de natureza pública, incondicionada ou condicionada – ainda que nesse último caso exija-se a condição de procedibilidade consistente na representação do ofendido ou de quem possa representá-lo.

Por sua vez, ao particular é conferida a titularidade sobre a ação penal privada, bem como sobre a ação penal subsidiária da pública (artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal), cabível diante da inércia do Ministério Público configurada pela não propositura da ação originalmente pública no prazo cabível. Imperioso ressaltar, nessa última hipótese, que a tutela persecutória permanecerá sendo *pública*, ainda que se atribua ao particular a iniciativa de controle da atividade do *Parquet*.

⁴⁶⁵ GARCIA, Emerson. Ministério Público, **Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. Editora Lumen Juris. 2005, p. 40.

⁴⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed., rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1097

Nessa seara, importante registrar que a investidura no cargo de Promotor de Justiça no Brasil ocorre por concurso público e, portanto, a opinião pública não influencia na manutenção do emprego desse profissional. É uma carreira vitalícia, que resulta numa atuação imparcial e convergente aos ideais institucionais. Diferentemente, nos Estados Unidos da América (EUA), a investidura do *prosecutor* é política, assim, ele depende da opinião popular para se investir e se manter na carreira. Por esse motivo, a compulsão do procurador norte-americano pelas altas taxas de condenações tornou o negócio penal indispensável à otimização dos trabalhos daquele Ministério Público, principalmente nos delitos que chocam a opinião popular e demandam uma resposta do Estado. O *prosecutor* americano opta pelo *plea bargaining* como forma de demonstrar uma imagem eficiente do combate ao crime.

O Ministério Público brasileiro, ao menos a maioria de seus membros, não compartilha dessa compulsão. Verdade seja dita, a Instituição vive uma acentuada influência da doutrina garantista, afastando-se cada vez mais da filosofia do *law and order*, típica dos acusadores americanos.

A relevância dada pelo constituinte ao Ministério Público demanda de seus membros uma constante dedicação à resolutividade das demandas sociais, fortalecendo seu papel proativo e de protagonismo na defesa do estado democrático de direito, que não se restringe à busca de uma prestação jurisdicional. Observe-se que a Recomendação CNMP nº 54/2017 entende que é resolutiva a atuação que “contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia.”⁴⁶⁷. Nesse cenário, é necessário priorizar a autocomposição, para se alcançar a verdadeira resolutividade, sendo que a solução de um conflito só é reconhecida e efetivamente acatada como válida, pelos integrantes do conflito penal, quando eles contribuem para a construção da resposta.

Nessa linha, Lenna Daher, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, enfatiza que a atuação do Ministério Público, focada na resolutividade, em contraponto com a demandista, é “proativa, reflexiva e fundada na análise qualificada da realidade social, em sede procedimental, com o objetivo de encontrar a solução efetiva para o conflito, potencializando-se na utilização dos instrumentos extrajudiciais.”⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ BRASIL. Recomendação nº 54 de 28 de março de 2017. Brasília: Conselho Nacional do MP, 2017.

⁴⁶⁸ DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais**. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 25.

Para o desempenho dessas relevantes funções, o constituinte garantiu aos membros do *parquet* as garantias da inamovibilidade e vitaliciedade, preservando-lhes, ainda, a independência funcional, assegurando a formação da livre convicção do órgão da acusação, que, dessa forma, age com independência e livre de ingerências externas.

Em relação ao princípio constitucional da unidade, no sentido de que unidade significa que os membros do Ministério Público fazem parte de um único órgão sob a direção de um só chefe, é de rigor a crítica de Pedro Henrique Demercian.

A indivisibilidade, como consectário lógico da unidade, assegura que os membros do Ministério Público atuam no processo como *Instituição* e esgotam a atividade desta no momento em que se manifestam, podendo, por isso mesmo, na forma da lei, serem substituídos uns pelos outros. Esse conceito atual de *unidade* — visto sob o seu aspecto meramente formal— é, por si, inútil e não tem significado algum. A unidade, mais do que sugere a definição, tem a relevante e indeclinável finalidade de preservar a isonomia de tratamento dos arguidos (objetivo, aliás, precípua de um processo penal baseado no garantismo) e busca viabilizar uma resposta célere, eficaz e coordenada à sociedade quanto aos métodos e medidas empreendidas no combate às mais variadas formas e expressões da criminalidade⁴⁶⁹.

Portanto, o Ministério Público se faz presente, nas suas funções institucionais, representando por seus órgãos de execução, dotados de poderes jurídicos para praticar os atos em nome da pessoa coletiva, que através deles “*conhece, pensa e quer*”⁴⁷⁰. Assim, nos limites de suas atribuições, promotores e procuradores de justiça são o Ministério Público, cuja vontade expressam e ao qual seus atos devem ser imputados.

Importante registrar que independência e autonomia funcionais não constituem privilégios pessoais, mas prerrogativas indissociáveis do dever funcional, para cuja realização se destinam. Em síntese, o Ministério Público, em qualquer seara de atuação, sempre foi e será o representante da sociedade: a sociedade-governante, contestando, de forma recorrente, o Estado, atuando na prevenção da criminalidade, fiscalização da execução penal, controle externo da atividade policial e proteção da ordem jurídica. Para atingir esses objetivos, deve buscar caminhos e instrumentos eficazes de atuação, que deverão pautar a eficiência de sua

⁴⁶⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal**, São Paulo, Verbatim, 2009, p. 73-74.

⁴⁷⁰ CAETANO, Manuel. **Manual de Direito Administrativo**, Lisboa, Coimbra, 1965, p. 154.

política criminal.

A ausência de estrutura é, no entanto, o maior desafio desse novo perfil democrático conferido ao *Parquet* em 1988. Nesse diapasão, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, expondo o problema e apresentando um novo caminho a seguir, assevera que:

O Ministério Público precisa e deve discutir, para efetivar sua conformação ao perfil pensado pelo constituinte, sua própria Política Criminal que inclua necessariamente: a) sua participação na Política Criminal através da concepção de uma ciência penal total; b) a construção de uma Política Criminal própria que discuta o trato da política de segurança pública como bem difuso que merece ser protegido, traçando estratégias para tanto; c) a construção de uma doutrina institucional de investigação criminal e de controle externo da atividade policial, assim como a fixação de parâmetros que permitam aferir sua eficiência e desempenho nas taxas de criminalidade, modificando-se, pois, toda sua estruturação de fiscalização e prestação de contas; d) a atuação, a partir da implementação de laboratórios de jurimetria, sob a forma de agências que, além de corpo técnico – analistas de dados, peritos etc – seja criada e pensada de acordo com as disfunções sociais e não simplesmente por território⁴⁷¹.

É incontestável, se Ministério Público tem o objetivo de atuar como verdadeiro agente de transformação social, deve possuir uma linha padronizada de atuação criminal, orientada por dados obtidos por meio da Jurimetria, definida como “ramo da Criminologia que utiliza a metodologia estatística pra investigar o funcionamento do conjunto de normas penais e extrapenais, que se prestam à proteção de bens e servem como instrumento de controle social”⁴⁷².

A Jurimetria, com obtenção de dados empíricos, contribuiria para uma atuação mais eficiente não só no combate à criminalidade, mas auxiliaria sobremaneira na atuação para proteção da vítima, podendo identificar locais mais propícios para a prática de infrações penais, reconhecimento do papel social das vítimas em potencial, além de oferecer informações para subsidiar à implementação de políticas públicas que diminuiriam o abismo social, com inegáveis reflexos na segurança pública. Nas palavras de Pedro Henrique Demercian e Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

O direito penal enquanto instrumento de direcionamento social conduzirá ao maior aparelhamento do Estado e fortalecimento dos órgãos encarregados da segurança

⁴⁷¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 289

⁴⁷² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 274.

pública e da persecução criminal, especialmente no incremento do uso de recursos tecnológicos tais como a inteligência artificial e a flexibilização de garantias que não ofendam diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim, o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal, deve se adaptar a esta nova realidade estimulando medidas penais e extrapenais de resolução de conflitos, tais como a adoção de política institucional que evite os riscos da vitimização secundária, o estímulo à atuação em rede e, a capacitação de seus membros em técnicas de inteligência e negociação de conflitos.⁴⁷³

É nesse cenário brasileiro que se pretende ampliar as margens de consenso no processo penal, humanizando e racionalizando o contencioso penal em busca de soluções sistêmicas que envolvam todos os sujeitos processuais⁴⁷⁴. No contexto que se espera haverá dois tipos de processos: o contencioso e o consensual. Naquele, a instrução é necessária; nesse, a vontade das partes é homologada pelo órgão juiz, dispensando a dilação probatória. O Ministério Público passa a fazer um processo seletivo da litigiosidade penal, dentre dos casos permitidos em lei, ao passo que o réu, vê, na confissão, a possibilidade de submeter-se a uma sanção menos gravosa.

A previsão de mecanismos processuais consensuais, reservando-se o rito ordinário apenas às situações mais graves e delicadas, corrobora uma atuação racional do ordenamento jurídico, por meio de respostas adequadas às exigências de acerto penal, atendendo-se tanto a um objetivo de justiça quanto de mais eficiência.

Ao realçar a faceta da resolutividade evidenciada na atuação extrajudicial do promotor solucionador de conflitos, busca-se na Justiça Negociada a fonte adequada à solução rápida e eficiente dos litígios, que valoriza a tutela proporcional do bem jurídico atingido em função da conduta criminosa, sem se olvidar da pronta reparação do dano, em benefício da vítima. Essa solução, para além da economicidade e atenção às necessidades do ofendido, permite que "Magistrado e Ministério Público, mais do que solucionadores de mazelas e doenças, atentem

⁴⁷³ DEMERCIAN, Pedro Henrique e MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Jurimetria e Inteligência Artificial como ferramentas para uma política Criminal mais eficiente**. In: Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

⁴⁷⁴ "Em geral, os métodos de resolução dos conflitos buscam uma ou mais das seguintes opções: a) atuar a lei no caso concreto, b) resolver o conflito com paz social, c) eliminar o processo e a lide ou d) satisfazer as partes. Mecanismos tradicionais como a jurisdição e o processo judicial geralmente se preocupam em primeira linha com o escopo 'a', sob a premissa de que a lei contém a justiça e o papel do julgador é atuar a vontade concreta da lei. Secundariamente, também atingem outros escopos, como o 'c' e o 'b', eliminar o processo e produzir a paz social. Métodos menos formais como a mediação [...] buscam principalmente atender ao escopo 'd' (satisfação das partes) e o 'b' (resolver o conflito com paz social) e, apenas indiretamente, eliminar o processo e atuar a lei." (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Mediação e conciliação, produtividade e qualidade**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 45, ago. 2014).

para uma postura preventiva e, quando não possível, de mediadores de conflitos"⁴⁷⁵.

Esse Ministério Público pragmático vem ganhando relevância não apenas na seara criminal, mas também no campo da improbidade administrativa, sendo que mesmo antes da previsão expressa na lei de regência, vários membros do *Parquet* já vinham celebrando acordos em que se negociavam qualitativa e quantitativamente o ressarcimento do dano ao erário e as sanções a serem aplicadas àqueles que incidiram nos tipos ali previstos, prática que ganhou maior segurança jurídica com a alteração promovida pelo chamado Pacote "Anticrime", o qual modificou o parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa e introduziu expressamente em nosso sistema jurídico-sancionador o chamado Acordo de Não Persecução Cível, apresentado como um instrumento de grande potencial de eficiência na pronta resposta anticorrupção esperada.

Entretanto, para a efetivação do modelo consensual é necessário enfrentar a questão dos princípios da obrigatoriedade e da oportunidade.

A obrigatoriedade diz que, havendo lastro probatório mínimo apto a demonstrar a materialidade e a autoria no caso concreto, o Ministério Público deve oferecer denúncia contra o autor dos fatos, não havendo qualquer critério político ou de utilidade social para mitigar esta obrigação.

A oportunidade, por sua vez, ocorre nas situações em que se autoriza o não-oferecimento da denúncia ou da queixa, por conveniência e oportunidade do titular da ação penal, com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., mesmo nos casos em que existe lastro probatório suficiente para atestar a autoria e materialidade de um crime⁴⁷⁶.

O surgimento da justiça consensual tem ligação com a mitigação do princípio da obrigatoriedade, estando, portanto, intimamente ligada com os critérios de oportunidade, na medida em que depende da possibilidade de um desfecho diferente do que ocorre na persecução penal habitual⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro**: agências e laboratório de jurimetria. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, v. 11, n. 1, 2017, p. 24.

⁴⁷⁶ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 48.

⁴⁷⁷ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 53.

5.2. A legitimidade da (não) persecução penal pelo Ministério Público

Quando se fala de Ministério Público no âmbito do processo penal, sua função é quase que exclusivamente focada na legitimidade ativa privativa para o exercício da ação penal pública, de onde nasce a suposta obrigação de sempre denunciar o autor de certo fato delituoso.

Afrânio da Silva Jardim defende que a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos públicos, que devem agir inarredavelmente⁴⁷⁸. Exaltando a oficialidade, Afrânio indica a inexistência de dispositivo legal que outorgue ao Ministério Público juízo de oportunidade ou conveniência:

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas gerais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo.⁴⁷⁹

Nos termos defendidos por Afrânio, tem-se a impressão que o Estado assumiu para si o monopólio da jurisdição, tendo o poder e o dever de punir, não podendo deixar de exercer nenhum dos dois. Entretanto, a discricionariedade não se opõe ao sistema acusatório ou ao poder de punir do Estado, pois é esse mesmo Estado, através do Promotor de Justiça, que avalia no caso concreto, de acordo com a relevância e a prioridade, a desnecessidade do exercício do *jus puniendi*, mas que não deixa de existir. Existe, nesses casos, uma ponderação de interesses⁴⁸⁰, desde que tal prerrogativa se encontre no âmbito de legitimidade constitucional do Promotor de Justiça.

Ou seja, a mera previsão legal da existência do crime não significa, necessariamente, que o Estado deva buscar a sua punição, uma vez que o *jus puniendi* não é um dever de castigar,

⁴⁷⁸ JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998. p. 44.

⁴⁷⁹ Ibid. p. 93.

⁴⁸⁰ Segundo Ana Paula de Barcellos, ponderação é a "técnica jurídica de solução e conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas normas hermenêuticas tradicionais" in: DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Editora Renovar. 2002, p. 23.

mas sim um limite ao Estado através da definição de quais condutas são proibidas ("ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei": art. 5º, inciso II, CF/88). Portanto, o interesse do Estado na repressão de crimes não significa que sempre que houver um delito deve existir um processo penal correspondente para puni-lo, ou pelo menos não uma única forma desse processo, mas sim que o próprio Estado, através de um de seus órgãos, pode vislumbrar uma solução mais adequada ao caso concreto e optar pelo consenso para lidar com o eventual crime e encaminhar uma solução correspondente.

A discricionariedade é, portanto, opção política legítima do Estado e não se contrapõe ao monopólio da prestação jurisdicional, nem ao sistema acusatório de processo penal. Além disso, o Ministério Público é um órgão do Estado que exerce parcela da sua soberania e defende os interesses da sociedade, através de agentes políticos que tornam a instituição presente em suas manifestações.

Hugo Nigro Mazzilli defende que:

Os membros do Ministério Público (promotores e procuradores de Justiça, ou procuradores da República) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos colegiados, como o Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores), no exercício da atividade fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Estamos a referir-nos a que à plena liberdade no exercício da atividade fim (se, p. ex., é caso de dar ou não denúncia, se é caso de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto, é irrestrita a liberdade individual⁴⁸¹.

Assim, quando o membro do Ministério Público decide por não propor a ação penal, em determinado caso concreto, deixando de exercer o *jus perseguendi*, não significa que esteja renunciando ao direito de punir do Estado, mas apenas ponderando que na prática de um crime, não existe apenas o interesse público na sua punição, mas também outros valores como forma de administração e economia de recursos públicos, priorização de combate a crimes mais graves, disponibilização do tempo de trabalho do aparato estatal de segurança.

No mesmo sentido, Pedro Augustin Adamy explica que o não-exercício não se equipara à renúncia de um direito, pois "a própria abstenção ao exercício de um direito pode ser considerada, por mais paradoxal que possa parecer, como uma forma de exercício daquele

⁴⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. Editora Saraiva. 2001. p. 275

direito"⁴⁸².

Anote-se que, seria impossível que o Poder Legislativo estivesse, a toda hora, legislando sobre tudo, especialmente pelo fato de que a realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, se mostra muito mais complexa, sendo que a existência da lei indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. Daí surgem espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública⁴⁸³. É nesse contexto que deve atuar o Promotor de Justiça, verificando no conflito concreto entre a letra fria da lei penal e a conduta praticada (com todas as suas circunstâncias e características) o mais valioso interesse a ser defendido, em especial considerando o interesse da vítima, que às vezes prefere a reparação de seu dano a ver o delinquente prestando serviços à comunidade.

Entretanto, tais decisões não podem ser arbitrárias e subjetivas, sendo recomendável o sopesamento dos valores e princípios em jogo, ainda com base na lição de Sérgio Guerra:

A escolha regulatória não pode acoplar-se, simplesmente, a uma generalização da competência vinculada, sendo, assim, indispensável adaptar-se constantemente aos valores, aos princípios e às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, a Administração instrumentada por campos de atuação discricionária, ainda que sustente a vinculação direta à Constituição, não oferece aos cidadãos qualquer garantia de respeito a seus direitos⁴⁸⁴.

Paulo Rangel, embora defenda a obrigatoriedade, admite situações de não exercício da ação penal que se equiparam à discricionariedade:

Não podemos confundir a liberdade de agir do Ministério Público, em verificar a existência do fato – infração e seus demais elementos autorizadores da propositura da ação -, com a obrigação de promover ação de qualquer maneira. Não. Dever de agir, desde que presentes os requisitos que viabilizam o curso do processo. Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou, embora típico, não haja a justa causa, ou, ainda, em nosso entender, nos seguintes casos: a) quando o fato for insignificante para o direito penal diante de uma criminalidade cada vez mais avançada, tornando desnecessária uma atuação estatal naquele caso concreto (princípio da bagatela: furto de alicate de unha, de xampu em um supermercado; peculato de uma caneta da repartição pública etc.); b) quando não houver interesse público da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo (caso do cônjuge que agride o outro e, posteriormente, voltam a viver bem no seio familiar, significando um momento ruim da vida do casal, mas não uma

⁴⁸² ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. Editora Malheiros. 2011, p. 43.

⁴⁸³ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade** – Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. Editora Fórum. 2a edição. 2013, p. 94.

⁴⁸⁴ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade** – Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. Editora Fórum. 2a edição. 2013, p. 187.

contínua violência doméstica); c) quando o gasto do estado com o processo for, visivelmente, superior à resposta estatal que se que alcançar, acarretando despesas aos cofres públicos; d) quando pela demora excessiva do estado em dar andamento a investigação criminal, for prejudicial à sociedade a sanção que possa, eventualmente, ser proferida em desfavor do investigado, mesmo que ainda não prescrito o fato (caso da investigação criminal que leva anos, embora não prescrito o fato, e quando é descoberta sua autoria o investigado já se encontra com a família constituída e incluído, regularmente, no mercado de trabalho, ou seja, reintegrado socialmente); e) quando, nos crimes sem violência ou grave ameaça, for reparado o dano, integralmente, à pessoa lesada⁴⁸⁵.

De qualquer modo, uma conclusão parece inequívoca: a obrigatoriedade pode até ser opção legítima do Estado para garantir o exercício do direito de ação, porém desde que seja compatível com o perfil do órgão responsável por promover a acusação, como exposto acima. Mas, afinal, no Brasil, qual opção está prevista em nosso ordenamento jurídico, obrigatoriedade ou discricionariedade?

5.3. O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública

Quando alguém pratica um fato que se enquadra em um dos tipos penais surge o *ius puniendi* do Estado, que nada mais é que o direito-dever que o Estado tem de punir o violador da lei penal. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, após aludir à solidariedade funcional, no processo, da ação e jurisdição, completa dizendo que a finalidade comum é a efetividade coativa do Direito que, sendo Direito Penal e, portanto, público, importa o dever da ação pública. Sobre a obrigatoriedade da ação penal, o autor assevera que “não resta oportunidade ou conveniência para o Ministério Público, cada membro da instituição “está obrigado a realizar sua específica tarefa: a de dar início a ação penal, ou não (se não for caso dela) e a praticar, ou não, atos de postulação (acusação) e probação, bem como atos de impugnação (recursos)”⁴⁸⁶.

É no artigo 24 do Código de Processo Penal, que Afrânio Da Silva Jardim, discípulo de Canuto, identifica a vinculatividade que cerca o exercício da ação penal: “*Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público [...]*”. O professor carioca defende que “o princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem aplicação parcial, sob

⁴⁸⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Editora Atlas. 21a edição. 2013, p. 232

⁴⁸⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Processo Penal**. Ação e Jurisdição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1975, p. 21-22.

pena de se desfigurar”⁴⁸⁷. No mesmo sentido, Hélio Tornaghi, autor do anteprojeto do Código de Processo Penal Brasileiro encomendado pelo Governo Federal brasileiro em 1962, que não entrou em vigor, discorre “o Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão será promovida. Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não a ação”⁴⁸⁸. O ponto central desse argumento é que a obrigatoriedade impedirá análises arbitrárias e potestativas da conveniência, retirando a margem de arbítrio do *dominus litis*.

Verifica-se que não há muito rigor técnico entre esses doutrinadores em tipificar a obrigatoriedade como princípio ou regra, visto que foram utilizados pelos autores como sinônimos. Essa distinção, de fato, não é simples, porém atualmente já há um consenso de que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica.

De acordo com o grau de fundamentalidade, princípios seriam mandamentos nucleares de um sistema, pois conferem organicidade e sentido harmônico a todo o conjunto de disposições normativas, ao passo que as regras exercem um papel mais instrumental e têm sua interpretação condicionada pelos princípios⁴⁸⁹.

Ronald Dworkin, por sua vez, utilizando-se de uma crítica ao positivismo, argumenta que um sistema composto exclusivamente por regras não seria capaz de fundamentar as decisões de casos complexos, pois, "quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei"⁴⁹⁰, por isso, ao lado das regras, dentro da estrutura normativa, sempre existem os princípios, os quais serão analisados de acordo com o caso concreto, podendo a solução ser investida em casos diferentes.

Assim, as regras são normas que obrigam, proíbem ou permitem algo através de mandamentos definitivos e apresentam um conteúdo de ordens sobre o que deve ser feito do ponto de vista fático e jurídico. Conquanto, os princípios, segundo Robert Alexy, um dos mais influentes filósofos contemporâneos do direito.:

(...) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte,

⁴⁸⁷ JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública - **Princípio da Obrigatoriedade**. Editora Forense. 4a edição. 2001, p.55.

⁴⁸⁸ TORNAGHI, Helio Bastos. **Curso de Processo Penal**. Editora Saraiva. 1997, p.45.

⁴⁸⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Editora Fórum. 2011, p. 374.

⁴⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Editora Malheiros. 2002., p. 55.

mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁴⁹¹.

Quando há conflito entre princípios, estabelece-se um critério de prevalência, pois a aplicação dependerá da aferição daquele que for mais adequado ao caso concreto. É nesse contexto que se fala em mandamento de otimização, ou seja, atingir algo na maior maneira possível, porque um princípio não deve ser satisfeito de forma absoluta a ponto de anular por completo o outro princípio em conflito. Mais uma vez, brilhante a explicação de Robert Alexy:

(...) as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso. (...) Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, 'por si só, de prioridade'. O 'conflito' deve, ao contrário, ser resolvido 'por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes'. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível⁴⁹².

Verifica-se, portanto, que os critérios de distinção entre regras e princípios não são apenas diferentes, mas também chegam a conclusões distintas sobre a aplicabilidade dessas normas, por este motivo devemos entender se a obrigatoriedade pode ser tratada indistintamente como regra ou princípio, examinando-se o enunciado normativo que supostamente prevê a obrigatoriedade, a fim de se definir a sua natureza e validade.

Como já dito, para a grande maioria da doutrina processual penal, seu embasamento seria o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, quando se fala que é função do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, como

⁴⁹¹ ALEXY, Robert. **Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. volume 253. 2010, p.90.

⁴⁹² ALEXY, Robert. **Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. volume 253. 2010, p. 93-95

como o artigo 24, do Código de Processo Penal, ao prever “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público (...)”, sendo que o uso dos verbos no modo imperativo significaria a opção política pela obrigatoriedade como regra, como define José Antonio Paganella Boschi:

É certo que na nossa lei processual penal não há um dispositivo explícito sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, como o do art. 100 do antigo Código de Processo Penal do RS, de 15/08/1898, que, para não deixar dúvidas, enunciava que o Ministério Público era obrigado a oferecer a denúncia, nos casos em que coubesse a ação pública. Não é menos certo, entretanto, que o citado princípio permeia o sistema da Lei Adjetiva vigente em nosso País (arts. 5º, inc. I, 24, 27, 28, 42, 578, do CPP). E isso tem a ver, segundo pensamos, menos com a preocupação de cautelar o agente do Ministério Público contra pressões externas e mais com a correta percepção da inconciliabilidade do interesse público ínsito na persecução, como dever de Estado, com atos de disposição, próprios quando os interesses são meramente privados. Com efeito, quando o art. 24 do CPP declara que a denúncia (e diríamos nós, também o aditamento) por crime de ação pública será oferecida pelo órgão do Ministério Público, não fica difícil afirmar que o legislador seguiu linha radicalmente oposta àquela que decorre do princípio da oportunidade – nos moldes norteamericanos – vedando, assim, deliberada e antecipadamente ao agente ministerial a celebração de acordos com o réu ou seu advogado, salvo a hipótese antes mencionada, ou a invocação de argumentos de conveniência ou utilidade social para não desencadear a *persecutio criminis*, mesmo que nessa fase esteja em dúvida quanto à autoria ou à própria configuração típica do fato⁴⁹³.

Contudo, essa interpretação doutrinária a partir do mero tempo verbal não tem o condão de caracterizar a adoção da discricionariedade ou da obrigatoriedade como definidoras dos parâmetros de atuação, considerando que os artigos citados acima se referem apenas à legitimidade ativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública, sendo que a única obrigatoriedade que podemos extrair de tais dispositivos é a que confere o caráter de imprescindibilidade à iniciativa do Ministério Público para o exercício da jurisdição penal, ou seja, quando for caso de oferecer denúncia, só ao *Parquet* caberá a sua promoção.

José Frederico Marques, nos idos do ano de 1965, já afirmava que “no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado ‘princípio da ação penal obrigatória’”. No entanto, defende que este princípio não afasta do Ministério Público o poder de apreciação dos pressupostos necessários para o exercício da ação e que nessa verificação há uma “certa dose de fator subjetivo”. Neste contexto, afirma concordar com o posicionamento de Euclides Custódio da Silveira, o qual

⁴⁹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. Editora Aide. 3a edição. 2002, p.69.

sustenta que no mesmo art. 28 do CPP (*Antes da redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019*), no qual está previsto o controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, também há uma certa mitigação ao mesmo princípio. Isto porque, considera não haver regra legal que determine quais seriam as razões invocadas pelo órgão ministerial e, com isso, defende que de acordo com o termo expresso no referido artigo, não há nada que impeça que sejam invocados “motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do *parquet*”⁴⁹⁴.

Embora focando na transação penal e juizados especiais, Eduardo Araújo da Silva aborda a forma radical que é tratada a obrigatoriedade da ação penal,

O enfoque da tradicional polêmica (oportunidade/obrigatoriedade da ação penal) abandonou o ângulo da confrontação e passou para a área da convivência mútua das ideias, de modo a buscar a aplicação do direito da forma mais justa e célere, preservando a imagem do infrator e privilegiando a apuração dos crimes mais graves. Não há mais, portanto, espaço para polêmicas eivadas de radicalismos distanciados da realidade⁴⁹⁵.

Fato que deve ser lembrado é que o Código de Processo Penal, embora recepcionado pela Constituição, foi promulgado em 1941, ou seja, está muito defasado frente aos avanços garantistas da nossa constituição cidadã de 1988, que adotou um modelo de atuação do Ministério Público completamente remodelado. Além disso, vale lembrar que todas as leis infraconstitucionais que disciplinaram acordos criminais foram editadas a partir de 1990, ou seja, já inspiradas tanto na nova Constituição de 1988, como no modelo moderno do Ministério Público, adotaram a discricionariedade como característica do exercício da atribuição de iniciativa do oferecimento dos métodos de resolução negociada de conflitos penais.

De acordo com Luís Wanderley Gazoto:

Na verdade, com a evolução doutrinária do conceito de discricionariedade administrativa, parece que a questão da obrigatoriedade ou da oportunidade da promoção da ação penal pública tornou-se falso dilema. (...) A obrigatoriedade, como corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público, jamais deve ser dissociada da função maior da administração pública, que é a busca do bem comum. Não se pode invocar o princípio da obrigatoriedade desvestindo-o da finalidade que

⁴⁹⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. 1965, p. 338-339.

⁴⁹⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 58

lhe é inerente. Assim, poder-se-ia falar na existência de uma obrigatoriedade finalista na atuação ministerial. A lei jamais será obedecida sem o atingimento da razão teleológica de todo o sistema jurídico que a legitima. O membro do Ministério Público não é um agente administrativo que, diante de um inquérito policial, verificando o enquadramento dos fatos em um tipo previsto em alguma lei penal, tem obrigação irrefletida de ajuizar ação, para obter a condenação do acusado. O membro do Ministério Público é agente político que, diante da escassez de recursos, deve administrar as forças do Estado, para provocar a sanção das ações criminais praticadas pelos membros da sociedade, na medida de sua gravidade, sempre com olhos atentos às mudanças sociais e à repercussão das ações. A titularidade da ação penal pública atribuí, ao membro do Ministério Público, a obrigação de buscar a razão finalística dos instrumentos de atuação que o povo e a Constituição Federal outorgaram à instituição. De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição. Quando um promotor de justiça ou um procurador da República oferece uma denúncia, ao menos enquanto as varas judiciárias estiverem abarrotadas de serviço, deve-se subentender que, entre as possibilidades de emprego dos meios da administração pública, é prioridade para a sociedade a sanção do acusado por ter praticado, entre outras condutas indesejadas ao Estado, aquela que produziu as lesões mais graves. (...) Destaque-se que, nada obstante os argumentos de alguns que não admitem que o Ministério Público seja o responsável pela condução da política criminal repressiva no Brasil, ele é a única instituição que pode desempenhar tais funções, pois, diante de suas atribuições constitucionais, da imobilidade imposta ao Judiciário e da falta de autonomia da polícia, não se enxerga quem melhor possa fazê-lo. Efetivamente, quem deve realizar a triagem do imenso rol de práticas criminosas e promover persecução penal eficaz das ações mais graves, e isso somente se obtém com o emprego comedido da ação penal pública, é o Ministério Público⁴⁹⁶.

O grande receio em se defender a discricionariedade ampla é que o interesse punitivo do Estado não deve ficar à mercê de subjetivismos, impondo-se, ao contrário, a efetivação do *jus puniendi* sempre que haja fato penalmente relevante a ser devidamente apurado e sobrelevado⁴⁹⁷.

A bem da verdade, promotores e juízes são fiscais recíprocos⁴⁹⁸. Afirma Massimo Donini que o Poder Judiciário “se torna intérprete dos direitos de todos, e às vezes das minorias, especialmente contra as razões particulares ou prevaricadoras da política oficial, e o faz partindo dos casos concretos, da pretensão dos interessados”⁴⁹⁹. Ou seja, eventuais abusos de poder

⁴⁹⁶ GAZOTO, Luís Wanderley. **O Princípio da Não-Obrigatoriedade da Ação Penal Pública** - Uma crítica ao formalismo do Ministério Público. Editora Manole. 2003, p. 118-119.

⁴⁹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais. 2004, p.120.

⁴⁹⁸ Cf. Carlos Frederico Coelho Nogueira adverte que a legislação colocou o Juiz como fiscal do fiscal. In: NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. v. 1. Bauru: Edipro, 2002. p. 497.

⁴⁹⁹ DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima: Ara Editores, 2010. p. 394

cometidos pelo membro do Ministério Público, serão rechaçados pelo Poder Judiciário.

Desse modo, pode-se interpretar a discricionariedade como critério de orientação do exercício das funções ministeriais, inclusive da promoção da ação penal pública, através de uma ponderação com outros valores que incidem no caso concreto, conclusão que soa coerente com a orientação de Geraldo Prado de que “a potencialidade de dano da conduta, a ofensividade a bens jurídicos, a própria dimensão do dano provocado e o desvalor da ação são elementos que o Direito Penal oferece ao Ministério Público para determinar as hipóteses de atuação ou não”⁵⁰⁰.

Em síntese, resta evidente que a discricionariedade do membro do *Parquet* em nada se coaduna com o arbítrio, uma vez que todas as suas decisões precisam ser fundamentadas e estão sujeitas ao controle judicial. Assim, está apto a realizar um juízo subjetivo de valores quando entender que, através de critérios estratégicos, orientados por questões específicas do caso concreto, como sociais e econômicas: numa conduta que, embora configure fato típico e antijurídico, o processo judicial configura meio excessivamente gravoso para sua repressão, diante da incidência de outros valores mais preponderantes naquela situação fática; a denúncia, apesar de adequada, pode não ser o meio mais necessário ao tratamento daquela ação, uma vez que métodos menos restritivos seriam suficientes; ou que a finalidade legal, ou seja, o interesse público alcançado através da ponderação entre todos os valores previstos na Constituição, pode ser satisfeita de outras formas, inclusive através do consenso.

E assim, quanto maior a ampliação das hipóteses de consenso no processo penal brasileiro, maior a margem de discricionariedade do membro do Ministério Público. Compreende-se que cada nação estipula critérios estratégicos, de acordo com as peculiaridades sociais, para delimitação dos crimes suscetíveis à barganha penal. No Brasil, há uma tendência da efetivação de acordos para os delitos de médio potencial ofensivo.

Nesse contexto de maximização das hipóteses de consenso, nota-se que a obrigatoriedade da ação penal representa, simplesmente, a indisponibilidade do interesse público depositado nas mãos do titular da *persecutio criminis*, lembrando sempre que em toda ação penal há indícios da obrigatoriedade, mas essa obrigação consiste no dever de provocar a jurisdição penal (seja pela denúncia, pelo arquivamento ou pelo consenso sobre pena ou entre

⁵⁰⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório** – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Editora Lumen Iuris. 3a edição. 2005, p. 29.

as partes envolvidas).

De fato, discricionariedade e oportunidade sempre conviveram de forma harmônica, em um verdadeiro sistema de freios e contrapesos, de modo que a utilização de um princípio limita a aplicação extrema do outro. Há na doutrina um verdadeiro jogo de palavras, enquanto uns defendem a existência de uma “obrigatoriedade limitada”, outros indicam a prevalência de uma “discricionariedade regrada”. Em verdade, essas duas classificações se equivalem e tentar diferenciá-las é de uma inutilidade imensa.

Não deixa de ser importante a discussão sobre a amplitude da discricionariedade a ser outorgada ao Ministério Público, no âmbito da esfera consensual penal⁵⁰¹. Com efeito, não se pode aceitar a aplicação da discricionariedade pura, na medida em que ela caracteriza um manuseio utilitarista e instrumental do Direito Penal, que desrespeita a noção de direito penal objeto do processo⁵⁰². Na atual conjuntura, interessa a criação de um sistema inteligente, que permita ao Ministério Público definir as prioridades na persecução, de acordo com critérios previamente edificados pelos estudos jurimétricos, a permitir o controle do sistema e evitar abusos desmedidos.

Como defende Olavo Evangelista Pezzoti, “Ao, que parece, não obstante a tradição e o pensamento histórico e majoritário da doutrina nacional, a Constituição Federal e, nem tampouco o Código de Processo Penal, adotaram a obrigatoriedade da ação penal o que se concilia com a ideia de adoção de uma política de não persecução penal e, em sendo assim, será crucial no Ministério Público brasileiro a discussão dos limites para essa política para que a instituição, a pretexto de ser mais eficiente e célere, não viole a princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção jurídica insuficiente”⁵⁰³.

Deduz-se, portanto, que não há qualquer impedimento para a negociação de sentença criminal dentro da compreensão dualista dos princípios da discricionariedade e da

⁵⁰¹ A possibilidade de os princípios da oportunidade e da obrigatoriedade conviverem sob a tutela da legalidade existe em face do descompasso que se reconhece em adotar, de forma absoluta, qualquer um dos dois, sem limitações, controles ou providências suplementares, que impeçam sua existência rígida. In: MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. II. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980. p. 89.

⁵⁰² MAIO COSTA, Eduardo. **Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo**. Julgar, Coimbra: Ed. Coimbra, v. 19, p. 46, jan.-abr. 2013.

⁵⁰³ PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Raízes Histórico-Comparadas do Acordo de Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: o papel das partes**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

obrigatoriedade⁵⁰⁴. A discricionariedade compreendida no negócio penal deve ser desempenhada dentro dos limites impostos pelo legislador, vinculada à vontade legal, ou seja, a oportunidade é uma variação dentro da própria legalidade, e, por essa razão, a definição, em lei anterior, dos critérios de negociação caracteriza um cenário obediente ao princípio da obrigatoriedade. Como ensina Antônio Carlos da Ponte, o princípio da legalidade traduz a garantia penal de um ordenamento jurídico, “posto que é estruturador do princípio da dignidade da pessoa humana e parâmetro indispensável ao sistema jurídico punitivo”⁵⁰⁵.

Ainda sob a perspectiva de atuação do *Parquet*, cumpre analisar os parâmetros de discricionariedade que norteiam a atuação negocial no âmbito do acordo de não persecução penal, definindo limites materiais e uma política de atuação minimamente uniforme que, simultaneamente, impeça excessos e a proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados.

5.4 Parâmetros norteadores de uma atuação integrada

A Constituição Federal atribui, portanto, ao Ministério Público, a defesa da ordem jurídica. Não se trata, aqui, de uma expressão de mera eloquência e sem qualquer significado. No âmbito criminal, a defesa da ordem jurídica, que está indissolavelmente ligada à regra que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (cfr. art. 129, I), compreende, essencialmente, o dever do Promotor de Justiça de atuar nos estritos limites da lei (princípio da obrigatoriedade) e com objetividade.

O Ministério Público, por sua própria natureza, é órgão que não defende um interesse particular ou de particular, nas palavras de Antônio Cluny: “o Promotor de Justiça não aceita causas e tampouco representa partes”⁵⁰⁶, portanto deve sempre agir com objetividade. Por comportamento objetivo (e não imparcial) do Ministério Público deve-se entender, não apenas a obediência estrita à legalidade, mas, principalmente, uma atuação isenta de paixões e convicções íntimas, respeitando o princípio da isonomia.

Com efeito, esse comportamento objetivo, que deve pautar a atuação do órgão do

⁵⁰⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios processuais penais relevantes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 160.

⁵⁰⁵ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 68.

⁵⁰⁶ CLUNY, Antônio. **Pensar o Ministério Público Hoje**, Lisboa, Cosmos, 1997.

Ministério Público, torna-se tanto mais evidente quando se lhe impõe o dever de fundamentar suas manifestações processuais (cfr. art. 129, inc. VIII).

Todos os métodos de solução consensual de conflitos aceitam a discricionariedade como critério de orientação da atividade do Ministério Público, o que também acena para a possibilidade de falta de padronização na possibilidade de oferecimento e nas respectivas propostas de acordos.

Assim, o principal argumento de insegurança é que o modelo consensual de justiça penal outorga uma certa ‘liberdade’ ao membro do Ministério Público que lhe possibilita o não exercício do tradicional contencioso penal⁵⁰⁷. Nas propostas de consenso sobre pena, o Promotor de Justiça deixa de guiar-se pela cega atividade “processante”⁵⁰⁸, estando mais atento à lógica e à realidade sistêmica.

Preocupa-se, inicialmente, que a história de vida e as paixões naturais que assolam cada ser humano levassem os membros do Ministério Público a agir cada qual de sua maneira, de acordo com sua íntima convicção. A heterogeneidade de valores e princípios (entre os membros integrantes da Instituição) e os aspectos equivocados quanto à independência funcional da instituição sem dúvida dificultarão a uniformização da atuação da instituição nos acordos sobre pena⁵⁰⁹.

Obviamente, não há uma discricionariedade absoluta, muito menos arbitrariedade, pois o membro do Ministério Público deve sempre respeitar as hipóteses de cabimento previstas em lei para aplicação dos acordos penais, fundamentando suas escolhas e submetendo-as à homologação do magistrado, que tem o dever de controlar caso visualize uma ilegalidade, bem como submeter ao reexame pela própria chefia institucional do Ministério Público, caso discorde da discricionariedade (art. 28-A, § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa

⁵⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

⁵⁰⁸ Sendo mero instrumento, e não finalidade em si, a ação penal pública somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir efeitos desejados. A propositura da ação penal deve ser submetida ao princípio constitucional da eficiência das instituições públicas. In: GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo do Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 94.

⁵⁰⁹ Texto extraído de: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, p. 1-26, 2012.

dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal). Entretanto, esse controle externo realizado pelo poder judiciário tem o condão apenas de verificar a legalidade e voluntariedade, e não padronizar acordos de atribuição exclusiva do Ministério Público.

Sobre esse campo de atuação com ampla discricionariedade, conforme Diogo De Figueiredo Moreira Neto:

(...) não existindo um interesse público específico legalmente predefinido, todos os interesses em conflito ou potencialmente conflitivos admitem ser legitimamente ponderados e até negociados, o que patenteia a existência de uma ampla disponibilidade relativa para o exercício judicativo extrajudicial da função reguladora, não só pela conciliação e mediação, que são sempre possíveis, como pela via do arbitramento⁵¹⁰.

É inegável que o Ministério Público atua como regulador dos acordos penais, portanto deve o Estado se preocupar com a melhor forma para solucionar esse conflito de interesses, para que gere menos ônus às partes, o que pode ser alcançado com a valorização da autonomia das vontades e a ponderação de todos os interesses em conflito, respeitando as características institucionais e funcionais do Ministério Público que o legitimam como o órgão responsável para exercer essa função.

A unidade do ordenamento jurídico é essencial à realização do princípio da igualdade, não só por representar uma tentativa de garantir a ausência de contradições na ordem jurídica, como também por permitir a concretização de um sentimento de segurança jurídica. Assim, tanto por uma questão de ordem, quanto por uma questão de justiça, essas contradições devem ser evitadas, garantindo-se, em última análise, que a “ordem” do Direito não se disperse, como referido pelo jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris “numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais, relativamente pouco numerosos”⁵¹¹.

Não se olvida, é claro, que há independência funcional de cada órgão Ministerial, mas como se sabe, não constitui um privilégio pessoal, mas prerrogativa indissociável do dever funcional. E é sabido que determinados temas, sobretudo quando ligados ao combate de crimes mais graves, precisam ter critérios ou linhas de atuação institucional pré-definidas, hipótese em

⁵¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Renovar. 2003, p. 107-109-111.

⁵¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 19-21

que se admite uma flexibilização da convicção pessoal em favor da linha institucional adotada.

Em artigo publicado na Revista dos Tribunais, Hugo Nigro Mazzili é categórico ao reconhecer a necessidade de, em certas situações concretas, temperar-se na dimensão do princípio da independência funcional:

“Admitir limites à independência não significa negá-la, e sim assegurar o seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em pressupostos éticos e lógicos, sob pena de, não o fazendo, submetermos as premissas e a destinação institucional do Ministério Público. Se fosse absolutamente ilimitada, a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investidas; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.⁵¹²”

A possibilidade da oportunidade levará à necessidade de controle sobre a discricionariedade ministerial, sendo importante frisar a obrigação do Ministério Público de fundamentar as manifestações da proposta (ou não) do acordo sobre a pena. Assim, a lei deverá traçar as linhas gerais do que se espera da instituição e de seus membros em um cenário negocial penal. A fundamentação das manifestações ministerial evitará desvios de natureza ética, possibilitando identificar incongruências teratológicas em casos semelhantes, adequando e uniformizando a utilização dos acordos sobre sentença à realidade regional de onde oficia.

A fundamentação técnica e jurídica da manifestação ministerial permite, sobretudo, verificar se o Promotor de Justiça não violou regras de legalidade, possibilitando que o juízo possa efetivar controle sobre as hipóteses do acordo. É proibido discriminações por parte do órgão da acusação, como ocorreria se o Ministério Público utilizasse medidas de valoração diversas para situações semelhantes⁵¹³.

É dizer, o Ministério Público apesar de titular da ação penal, dever ser reconhecido também como o ente legitimado dentro e fora do Juízo para a defesa dos interesses da vítima. Deve, portanto, ser demonstrável que a utilização da negociação entabulada pela Instituição em nome próprio com o acusado, para fins de aplicação imediata da pena, alcance resultado

⁵¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. RT 715/571

⁵¹³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 273.

socialmente justo para todas as partes envolvidas no conflito penal, em especial considerando os interesses da vítima.

Assim, dentro de um cenário de valorização do papel das partes, admitindo-se a ineficiência do Ministério Público criminal no que diz respeito à construção de políticas criminais de prevenção criminal e vitimária, uma hipótese seria o resgate da Criminologia, notadamente por meio da jurimetria, a qual permitiria a correção dessa atuação deficiente por meio do mapeamento das taxas de vitimização, traçar perfil das vítimas, e até mesmo da apuração das taxas de subnotificação, de modo a possibilitar o desenvolvimento de políticas públicas e programas preventivos pautados em dados estatísticos destinadas ao impedimento do crimes difusos ou individuais, bem como numa tentativa de romper do ciclo da vitimização repetitiva.

Esses dados poderiam orientar a atuação do Promotor no oferecimento dos acordos penais, promovendo a regulação da atividade consensual dos promotores e, indiretamente, a regulação das atividades exercidas pelo Ministério Público.

O acordo a ser celebrado pelo Ministério Público no âmbito do processo penal substituirá o ajuizamento da respectiva ação penal para a responsabilização do agente. O acordo significa, portanto, verdadeira transação, na medida em que, constatada a prática de ato típico ilícito, nos termos definidos em lei, a solução negociada pode resultar em aplicação reduzida da penalidade e a reparação imediata do dano. A resolução consensual, entretanto, não deve ser arbitrária nem prescindir da observância de parâmetros decorrentes, antes de mais nada, dos princípios que regem a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis.

É preciso estabelecer uma atuação integrada, estudada e embasada por dados obtidos pelos laboratórios de jurimetria, que possa nortear a realização dos acordos, de forma a ser demonstrável ser essa a solução mais adequada no caso concreto à proteção ampla e efetiva dos direitos tanto do acusado, quanto da vítima, uma vez que a efetividade do acordo depende do aspecto colaborativo de todos os sujeitos processuais. Ou então, em caso contrário, quando não adequada, ou insuficiente, a resposta negociada, que os dados obtidos sirvam ao Promotor de Justiça para justificar a negativa do oferecimento do acordo, seja pela necessidade de regionalização ou atuação conforme a natureza dos crimes e demandas sociais.

O desenvolvimento de uma doutrina de prevenção de criminalidade no contexto de uma

concepção de justiça consensual, assim como o trabalho orientado por estudos empíricos, além de contribuir para a melhoria na investigação, diminuir a subnotificação e conferir maior eficiência repressiva, tornará explícita, ao próprio membro Ministério Público, quais áreas de atuação exigirá maior atenção, quais bem jurídicos admitem negociação e quais são inegociáveis, reconhecendo a responsabilidade ministerial na tutela da segurança pública e corresponsabilidade pelas políticas criminais do Estado.

Nesse sentido, Alexandre Rocha Almeida da Rocha e Pedro Henrique Demercian defendem que o princípio institucional que deveria orientar a atuação da *agência*⁵¹⁴ seria o princípio da interdependência funcional, a ideia de uma atuação sem ingerências externas, mas orientada para uma atuação efetivamente integrada, em que a independência individual pura e simples dá espaço para uma vontade construída, consensualmente, pela *agência*, a partir, logicamente, de premissas orientadas pela lei e pelas causas sociais que legitimam e autorizam a atuação do Ministério Público de modo mais racional e eficiente⁵¹⁵.

Mesmo nos Estados Unidos da América, em que a legitimidade de decisão do promotor público é mais ampla e não existe controle sobre a sua atividade, há uma preocupação em padronizar-se o exercício dessa discricionariedade e fixar os limites éticos para os acordos elaborados, para fortalecer seu grau de credibilidade e valor probatório, evitando-se que fatos semelhantes recebam tratamentos distintos ao redor do país. Para tanto, as *guidelines* do Departamento de Justiça americano⁵¹⁶, apesar de possuírem natureza meramente recomendatória, buscam uniformizar e padronizar a interpretação das atividades dos promotores que atuam na justiça federal sobre certos temas controvertidos, inclusive os acordos penais.

⁵¹⁴ Conceito de *agência* trazido pelos autores: “Daí surge a ideia de superar o modelo de promotoria e pensar uma atuação política de seus membros (de primeira e segunda instâncias), com analistas técnicos (peritos), analistas de dados (profissionais de jurimetria), analistas jurídicos e servidores voltados e formados em uma cultura multidisciplinar que entende o crime, antes de mero fenômeno jurídico, como uma disfunção social que pode e deve ser avaliado por diferentes perspectivas”.

⁵¹⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: agências e laboratório de jurimetria**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, v. 11, n. 1, 2017, p. 24.

⁵¹⁶ No âmbito da Justiça Federal dos EUA, o *United States Attorneys Office* criou o *U.S. Attorneys Manual*, com a proposta de que “o Manual forneça apenas orientação interna ao Departamento de Justiça. Não se destina a criar direitos, substantivos ou processuais, nas atividades persecutórias de qualquer das partes, seja em matérias cíveis ou criminais. As limitações nele inseridas também não criam prerrogativas litigiosas contra Departamento de Justiça”. (http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/) (tradução livre).

A insegurança jurídica gera o enfraquecimento da confiança nas relações jurídicas, da noção de ética e da própria instituição Ministério Público, afetando, ademais, a consciência nacional, ao fazer com que grupos distintos tenham a convicção e defendam interesses contraditórios entre si, todos crentes de que o Direito lhes dá suporte, dificultando-se sobremaneira ou mesmo inviabilizando-se que se alcance o consenso.

Assim, após cumprimento dos requisitos legais e análise da relevância do bem jurídico protegido, pode-se elencar alguns parâmetros de atuação, para apreciação da suficiência da medida no caso concreto em atenção aos fins de prevenção geral e especial do Direito Penal⁵¹⁷. Com base nos *Principles of Federal Prosecution*, que orientam a negociação de sentença criminal nos Estados Unidos, para formulação da proposta de acordo o Ministério Público deve considerar:

- 1- o interesse do autor em colaborar naquilo que se investiga contra outras pessoas;
- 2- antecedentes criminais do autor e seu eventual arrependimento sobre o fato;
- 3- a reprovabilidade do fato praticado em si e o interesse do autor em ver-se responsável por ele;
- 4- a importância da resolução célere do conflito penal de acordo com o interesse público;
- 5- a probabilidade de juízo condenatório ao final do processo;
- 6- os custos envolvidos para instaurar o regular processo penal;
- 7- os interesses e necessidades da vítima.

⁵¹⁷ O autor Luís Greco discorre sobre os objetivos da prevenção geral e especial do direito penal: “A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial). Mas enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa) hoje ressaltam-se em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva). Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da pena, surge também a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delincente, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa).” GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Revista 20, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro: 2002, p. 231-232.

5.5 Direito subjetivo do réu ou ato discricionário do Ministério Público? O bem jurídico como limite substancial à atuação ministerial.

Preenchidos os requisitos legais, surge a discussão se o acordo seria um direito subjetivo do investigado. A polêmica em torno do assunto é tamanha diante da ausência de definição legal, surgindo diferentes posicionamentos, inclusive no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais⁵¹⁸. Aqueles que defendem o direito subjetivo do acusado sustentam que em corolário ao princípio da igualdade o oferecimento do acordo não deve ficar sujeito ao bel arbítrio do membro do Ministério Público, de forma que todos os que se encontrarem na mesma condição e preencherem os requisitos legais têm o direito subjetivo de ter a oportunidade de celebrar o acordo⁵¹⁹.

Obviamente, há que se distinguir arbítrio de discricionariedade, pois nenhum agente público pode agir arbitrariamente, negando a observância dos requisitos legais e princípios constitucionais. O direito penal é todo baseado nas diretrizes do princípio da proporcionalidade, que significa o sopesamento da necessidade e suficiência das medidas penais, considerando em última análise, o interesse público e a utilidade social, através da ponderação dos critérios de oportunidade e conveniência das medidas. Assim, quando o *caput* do art. 28-A dispõe que o Ministério Público “poderá” propor o acordo, desde que “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, corrobora que a atuação ministerial é discricionária⁵²⁰, dando-lhe margem para apreciação da suficiência da medida no caso concreto em atenção aos fins de prevenção geral e especial do Direito Penal.

Nessa linha de raciocínio, o Enunciado nº 21 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São

⁵¹⁸ O Ministério Público do Estado de Pernambuco encampou o ANPP como direito subjetivo do investigado no art. 1º, § 1º, da Recomendação nº 01/2020/PGJ, de 24 de janeiro de 2020. Em sentido contrário, ou seja, de que o ANPP não figura como direito subjetivo, cf. MPOG (Ato n.2/2020, art. 2º); MPMS (Rec. 2/2020, art. 1º, §1º), MPSC (Manual de Orientação), MPSP (Enunciado PGJ-CGMP n. 21); MPPI (Ato PGJ 989/2020.art. 3º).

⁵¹⁹ JUNIOR, Américo Bedê Freire. **O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações**. In: Acordo de não Persecução Penal, Cunha, Rogério Sanches e outros, 2ª ed. Salvador: ed. JusPodivum, 2019, p. 336. No mesmo sentido: BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). Acordo de não persecução penal. Salvador: Jus Podivm, 219, p. 63; e também JUNIOR, Aury Lopes. In: Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Boletim Jurídico.

Paulo, a respeito da Lei nº 13.964/19:

A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.

Na verdade, longe de ser um direito subjetivo do investigado, o acordo de não persecução penal deve ser compreendido como poder-dever do Ministério Público, a quem cabe analisar, fundamentadamente e com exclusividade, a possibilidade de aplicação do instituto, dentro dos requisitos legais e seguindo as diretrizes de atuação integrada, avaliando a dimensão social do dano causado, a relevância social do bem jurídico, a danosidade do fato para se chegar à conclusão de ser ou não o acordo cabível.

Nesse sentido tem caminhado a jurisprudência pátria. A Min. Cármen Lúcia consignou, em decisão datada de 28/05/2020, nos autos do HC 186.289-RS, que:

[...] Nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterada pela Lei n. 13.964/2019, “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal”, não se tratando, à semelhança da suspensão condicional do processo, de direito subjetivo do acusado, mas dever-poder do Ministério Público, titular da ação penal, ao qual cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação daquele instituto, desde que fundamentadamente (HC n. 129.346, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 5.4.2016; de HC n. 84.352, Relator o Ministro Ayres Britto; DJ de 23.6.2006; HC n. 83.458, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6.2.2003; HC nº 101.369/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 28.11.11, entre outros).

Ainda mais didático, ensinou o Min. Alexandre de Moraes, em decisão datada de 28/01/2021, nos autos do HC 195.725-SP:

Dessa maneira, constatada a materialidade da infração penal e indícios suficientes de autoria, o titular da ação penal deixou de estar obrigado a oferecer a denúncia e, conseqüentemente, pretender o início da ação penal. O Ministério Público poderá, dependendo da hipótese, deixar de apresentar a denúncia e optar pelo oferecimento da transação penal ou do acordo de não persecução penal, desde que, presentes os requisitos legais. Essa opção ministerial encaixa-se dentro desse novo sistema acusatório, onde a obrigatoriedade da ação penal foi substituída pela discricionariedade mitigada; ou seja, respeitados os requisitos legais o Ministério Público poderá optar pelo acordo de não persecução penal, dentro de uma legítima opção da própria Instituição. Ausentes os requisitos legais, não há opção ao Ministério Público, que deverá oferecer a denúncia em juízo. Entretanto, se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não

persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. [...] As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, porém não suficientes para concretizá-lo, pois mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o acordo de não persecução penal não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Repito, trata-se de importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro, não constituindo direito subjetivo do acusado.

Ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça, datada de 17/11/2020, nos autos do AgRg no RHC nº 130587-SP, conforme trecho da ementa abaixo transcrito:

[...] III - Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, "O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal", não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna. Agravo regimental desprovido.

Como estudado no tópico anterior, a previsão legal do acordo de não persecução penal está embasada pelo princípio da discricionariedade regrada ou oportunidade legalmente regulada, em que o Ministério Público poderá negar a formular proposta de acordo, mediante fundamentação de que o acordo não é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal, notificando o investigado para que, caso seja de seu interesse, possa exercer a faculdade de requerer a remessa dos autos ao Procurador-Geral (art. 28-A, § 14, do CPP).

Importante citar, ainda, a decisão da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 05/04/2020, no julgamento do HC nº 2026314 51.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Sale Júnior, em que ficou evidente que o ato de oferecimento do acordo de não persecução é ato discricionário do Ministério Público, não devendo o Poder Judiciário intervir na sua obrigatoriedade. Vejamos:

Ementa: HABEAS CORPUS. Furto qualificado e associação criminosa. Preliminares afastadas. Inépcia da denúncia. Preenchimento dos requisitos insertos no artigo 41, do Código de Processo Penal. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Impossibilidade. Conduta que, de início, se subsume ao tipo penal. Necessidade de análise aprofundada da prova, o que não se admite nesta via eleita. Impossibilidade de aplicação do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Ato discricionário do

Ministério Público. Ordem denegada.

Trecho do voto: “Acerca do acordo de não persecução penal, trata-se de uma discricionariedade do Ministério Público, eis que o artigo 28-A do Código de Processo Penal dispõe que: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”. Ou seja, trata-se de um dispositivo legal não vinculante, não devendo o Poder Judiciário interferir na obrigatoriedade de sua aplicação.

Nesse aspecto, o Enunciado nº 19, do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), tem o seguinte teor: “*O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto*”. Não se trata, entretanto de uma opção do Promotor de Justiça, o qual deve analisar, caso preenchidos todos os requisitos legais, se o acordo tutela adequadamente o bem jurídico que foi ofendido pela conduta criminosa e o grau de reprovabilidade da conduta, fundamentando sua manifestação caso exista algum elemento que não recomende, dentro de uma perspectiva de vedação de proteção insuficiente, a celebração pacto negocial.

Assim, esclarece Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

Desse modo, o específico contexto do delito cometido, deve indicar que o acordo é suficiente para a prevenção e a reprovação. Assim, se no caso concreto exista algum elemento que não recomende, desde uma perspectiva preventiva do delito, a celebração a avença, não deverá ser celebrado o acordo de não persecução penal. É dizer, a simples dúvida se o acordo preenche ou não essas diretrizes político criminais já são suficientes para o seu não-oferecimento. Isso porque, o que deve estar provado nos autos é que o acordo cumpre esses requisitos político-criminais, não o contrário.

Nesse sentido, devem ser analisados tantos aspectos em que exista um injusto mais grave (natureza objetiva), quanto elementos que indiquem uma maior culpabilidade do agente (natureza predominantemente subjetiva), sendo certo que esses dois critérios têm um corte nitidamente político-criminal preventivo.

[...]

Desse modo, devem ser levados em consideração, desde uma perspectiva de injusto mais grave, elementos como magnitude da violação aos bens jurídicos, o grau de afetação social do delito examinado e a transcendência lesiva da prática delitiva.

Já a partir de uma visão de culpabilidade, cumpre examinar o grau de reprovabilidade da conduta do autor, em determinado caso concreto⁵²¹.

A suposta discricionariedade do Ministério Público encontra limite também nos mandados de criminalização, pois nessas hipóteses o legislador já apontou que, embora o poder seja discricionário, a solução exige imposição de pena privativa de liberdade, podendo ser negociado o seu *quantum*, mas não a espécie de pena aplicável. Em outras palavras, a Constituição Federal estabelece o catálogo mínimo de bens jurídicos que demandam proteção do Estado, pois o legislador não pode criminalizar um fato pela simples razão de ele ser indesejado⁵²².

Nesses casos, temos o denominado poder discricionário vinculado, pois a imposição da pena privativa de liberdade é a única opção autorizada pelo legislador constitucional. Desse modo, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), ao concretizar mandados constitucionais explícitos de criminalização, apresenta rol, pelo qual o titular da ação penal deve perseguir como resposta penal primária a punição do ofensor, justamente pela relevância dos bens jurídicos protegidos pela lei.

Assim, não há qualquer margem de liberdade para prévio juízo valorativo pelo titular da ação penal nos seguintes crimes hediondos e assemelhados: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, roubo com emprego de arma de fogo, roubo com restrição da liberdade da vítima, roubo qualificado pela lesão grave; latrocínio; extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, estupro de vulnerável, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A), favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente vulnerável, genocídio, posse ou porte

⁵²¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 93-96.

⁵²² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p.32. A esse respeito, como já vimos no terceiro capítulo, apenas para rememorar, Almir Santos Reis Júnior aduz que: “*Os mandados de criminalização, dispostos na Carta da República, correspondem a uma intervenção mínima, ou seja, revelam a necessidade de criminalizar e penalizar as condutas descritas implícitas e explicitamente na Constituição*” (REIS JÚNIOR, Almir Santos. *Constituição e Crime*. In: PONTE, Antônio Carlos da (Coordenação); CASTRO, Wellington Clair de (Org). **Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. v. 1, p 7).

ilegal de arma de fogo de uso restrito, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes⁵²³, e terrorismo; o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei 10.826, de 22.12.2003 (art. 1º e 2º da Lei 8.072/1990), o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Flávio Eduardo Turessi reconhece a necessidade de instituir deveres de proteção aos direitos fundamentais que são identificados como normas constitucionais que encerram verdadeiras ordens de criminalização ao legislador penal ordinário, limitando a liberdade de atuação através do apontamento de matérias sobre os quais o legislador ordinário não teria a faculdade, mas sim a obrigatoriedade, de legislar, protegendo determinados bens jurídicos de forma adequada e integral⁵²⁴, portanto, esses mesmos mandamentos devem orientar a atuação ministerial, para evitar-se a proteção deficiente do bem jurídico.

Analisar-se-á no próximo capítulo que um dos requisitos necessários para oferecimento do acordo de não persecução penal é que ele seja suficiente, no caso concreto, para repressão e prevenção do delito cometido, considerando-se o bem jurídico protegido e o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Há delitos que apenas pelo *quantum* mínimo da pena, à exemplo dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública, que em tese, caberiam acordo de não persecução. Entretanto, ofendem de modo considerável a ordem jurídica social, trazendo um prejuízo moral ao Estado e a sociedade, impedindo a

⁵²³ Sobre o não cabimento de Acordo de Não Persecução Penal nos casos de tráfico privilegiado: PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Segundo o § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal, para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. 2. Para serem consideradas as causas de aumento e diminuição, para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), essas devem estar descritas na denúncia, que, no presente caso, incorreu, não sendo possível considerar, no cálculo da pena mínima cominada ao crime imputado ao acusado, a causa de diminuição reconhecida apenas quando do julgamento do recurso especial. *No caso do delito de tráfico, far-se-á necessário o curso da ação penal, em regra, para aferir os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que obsta a aplicação do benefício, que decorre, inclusive do tratamento constitucional e da lei que são rigorosos na repressão contra o tráfico de drogas, crime grave, que assola o país, merecendo um maior rigor estatal.* 3. *Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação.* 4. Embargos de declaração rejeitados. (STJ - EDcl no AgRg no AgRg no AREsp: 1635787 SP 2019/0375723-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 04/08/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/08/2020).

⁵²⁴ TURESSI. Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos**. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015, p. 162.

proposta ministerial, pela insuficiência da medida para prevenção e repressão do crime cometido.

Isso porque a lesividade ao bem jurídico, nesses casos, não pode ser mensurada pura e simplesmente de um ponto de vista patrimonial ou formalista, pois o princípio da moralidade, de teor constitucional, impõe-se exigindo do agente público obediência à ética profissional prevista em lei⁵²⁵. A moral pública, devido a sua importância social, parece ser imensurável de um ponto de vista estritamente monetário.

A corrupção constitui em síntese uma ameaça para a primazia da lei, da democracia e dos direitos humanos, vez que atropela os princípios de uma boa administração, da equidade e da justiça social, prejudicando a livre concorrência, obstaculizando o desenvolvimento econômico e colocando em perigo a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.

Alexandre de Moraes argumenta pela inaplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes de corrupção, defendendo que haveria uma deturpação do instrumento despenalizador pois, apesar do ganho na celeridade processual, traria em sentido reverso, uma repreensão deficiente, visto que o acordo não corresponde à lesividade do delito⁵²⁶, ou seja, a resposta estatal estaria aquém da gravidade da conduta.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, aplicar o acordo de não persecução penal na hipótese dos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal pode significar um contrassenso. Proíbe-se de modo irrestrito o acordo no crime de roubo, que prejudica um único cidadão, mas se admite tal acordo para o crime de corrupção, que afeta centenas, milhares, e às vezes centenas de milhares de pessoas⁵²⁷.

Sendo assim, ainda que não haja emprego de violência ou grave ameaça na conduta do corrupto, fica claro o alto prejuízo que o ato de corrupção traz para a sociedade⁵²⁸. Por esses mesmos motivos, o Superior Tribunal de Justiça não aplica mais o princípio da insignificância a esse tipo de delito em razão da súmula 599: “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública*”.

⁵²⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2020, p. 367.

⁵²⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2020, p. 82.

⁵²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 07.

⁵²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial** – arts. 213 a 316 do Código Penal. 3ª. ed. Rio de Janeiro, 2019, p.514.

Nessa seara, Guilherme de Souza Nucci pontua que, ainda que haja o ressarcimento do patrimônio desviado, o bem jurídico tutelado permanece ofendido, pois os tipos penais de corrupção ativa e passiva procuram defender a ética no serviço público e não tão somente o patrimônio público. E de fato, alguns valores são tão importantes à sociedade que não podem ser mensurados economicamente, tais como a vida, a saúde, a segurança nacional e, no raciocínio trazido até então, o funcionamento escorreito da Administração⁵²⁹.

Assim, alerta Alexandre de Moraes, que tendo conhecimento que a expansão do direito penal negocial vem ocorrendo rapidamente no Brasil, deve-se refletir sobre os efeitos colaterais que essas inovações podem trazer nessas hipóteses⁵³⁰.

Portanto, na concepção de um Estado Democrático e Social de Direito, no momento do oferecimento do acordo de não persecução, deve o titular da ação penal atentar-se para essa dupla dimensão do bem jurídico protegido, o qual exige uma atuação negativa estatal na proibição do excesso, repelindo sua invasão de forma desproporcional, mas também postula uma atuação positiva do Estado como um dever de proteção efetiva (imperativo de tutela), revelando-se a outra faceta da máxima da proporcionalidade, qual seja, a proibição de proteção deficiente, obrigando-o à sua proteção.

⁵²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial** – arts. 213 a 316 do Código Penal. 3ª. ed. Rio de Janeiro, 2019, p. 513.

⁵³⁰ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2020, p. 79.

6. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A COMPATIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO COM OS INTERESSES DA VÍTIMA

6.1. Conceito e natureza jurídica

O acordo de não persecução penal foi incorporado formalmente no direito positivo pela Lei 13.964/2019, introduzindo o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, substituindo o art. 18, da Resolução nº 181 de 07.08.2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (com alterações pela Resolução nº 183/2018), que constituiu a primeira regulamentação acerca do tema. Foi idealizado como ato normativo primário, num contexto de crise da Justiça Penal clássica retributiva-preventiva, conferindo às partes mais poderes e disponibilidade sobre interesses em conflito, abreviando o processo de responsabilização penal através do acordo sobre a pena com o infrator.

A morosidade dos processos criminais, o alto custo econômico com materiais e recursos humanos, a frustração nos alcances dos objetivos da prevenção geral e especial da pena, que em última análise, concretizam prioritariamente a função retributiva, têm conduzido a uma nova orientação de política criminal, visando em especial a função reparadora. Tanto no âmbito da esfera legislativa quanto judicial, há um movimento de busca por mecanismos mais eficientes e céleres na aplicação da justiça penal mediante a flexibilização de normas do processo penal clássico para a realização dos fins da responsabilização criminal⁵³¹.

A justiça penal negociada, aqui representada pelo acordo de não persecução penal, tem sido aplicada nas hipóteses que o Ministério Público vislumbra que a redução da pena criminal ou a composição visando à reparação dos danos, em especial quando há vítima determinada, já se revelam adequadas, eficientes e suficientes à repreensão da violação de bens jurídicos penalmente tutelados.

O acordo de não persecução penal, conceitualmente, consiste em um negócio jurídico celebrado entre o Estado, representado pelo Ministério Público, e o investigado (devidamente assistido por advogado/defensor), notadamente na fase de investigação de um ilícito penal,

⁵³¹ OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11

necessariamente homologado judicialmente, em que há concessões recíprocas, onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal, renunciando à persecução criminal, e pugnando pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.

Segundo Dermerval Faria Gomes Filho:

É um negócio jurídico processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado que confessa a prática delituosa e que, se cumprido, autoriza o arquivamento da investigação por ausência de interesse processual.⁵³²

O Min. Reynaldo Soares da Fonseca, no AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 128.660 – SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18/08/2020, assim sintetizou o Acordo de Não Persecução Penal:

Consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos.

A formalização do acordo de não persecução penal descrita inicialmente na Resolução nº 181/2017, com a posterior alteração da Resolução 183/2018, recebeu inúmeras críticas por ter mantido o acordo e seu cumprimento na esfera interna do Ministério Público, deixando de prever a validação judicial do acordo. O § 4.º do art. 18 da Resolução 181/2017, modificado pela Resolução 183/2018, silenciou quanto à homologação judicial do ajuste, dispondo de forma singela que seria tão somente submetido à “apreciação judicial.” E o respectivo § 5.º dispôs que se o “juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.” Estas redações geraram críticas sobre a constitucionalidade do instituto por ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ante a falta de jurisdicionalização do procedimento, inexistindo, assim, o devido processo legal.

⁵³² Dermerval Farias Gomes Filho em **Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo** (4. : 2018 : Santos, SP) IV Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo / [organização] Escola Superior do Ministério Público. -- São Paulo: APMP, 2019, p.28.

Nesse sentido, a nova Lei nº 13.964/2019 põe fim à discussão que questionava a constitucionalidade do acordo, na medida em que, ao contrário do que previam as Resoluções nº 181/2017 e 183/2018 do CNMP, a formalização e fiscalização do cumprimento do acordo não ficaram restritas à esfera interna do *Parquet*. A jurisdicionalização do acordo, nos termos do §4º, art. 28-A, do CPP, ocorre antes da sua finalização. Após discutir as cláusulas do acordo com o investigado, o Promotor de Justiça deve solicitar ao juiz criminal a designação de audiência, na qual será controlada a legalidade das cláusulas do acordo e a voluntariedade do investigado.

O juiz poderá recusar a homologação do acordo caso não atenda aos requisitos legais ou se vislumbrar cláusula inadequada, insuficiente ou abusiva, caso em que devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos dos §§ 5º, 7º e 8º do art. 28-A, do CPP, dispositivos que, a nosso sentir, afetam frontalmente prerrogativas do Ministério Público, sobretudo aquela consistente na titularidade da ação penal (art. 129, I, CF), incidindo em flagrante inconstitucionalidade⁵³³.

Considerando o Ministério Público como titular exclusivo da ação penal, o juiz jamais poderá decidir sobre a conveniência na configuração das cláusulas obrigacionais do acordo, inclusive no que diz respeito ao *quantum* de prestação de serviços e de prestação pecuniária, desde que estejam dentro dos limites previstos em lei. Defende-se que essa avaliação político-criminal cabe exclusivamente ao membro do Ministério Público e que o próprio “juízo de adequação”, a que se refere aludido dispositivo, deve limitar-se à constatação se o acordo ultrapassou ou não, em extensão, os limites estabelecidos em lei para o ANPP.

Ao prestigiar os princípios da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório, o controle judicial do acordo não deve adentrar no mérito ou no seu conteúdo. O magistrado não pode

⁵³³ Postula-se, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298 Distrito Federal, que deveria ser utilizado procedimento análogo ao do § 14 do art. 28-A: a decisão caberia ao Procurador-Geral de Justiça, mas não há definição do STF sobre a inconstitucionalidade da lei nessa parte. Apenas em caráter cautelar, o relator Min. Luiz Fux indeferiu a liminar com os seguintes argumentos: A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de “freios e contrapesos” no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência); O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso.

reformular, alterar ou propor cláusulas. Por esta razão, a homologação judicial não tem natureza condenatória, mas sim meramente verificativa, expressão cunhada por Pontes de Miranda, através da qual o magistrado reconhece judicialmente apenas a legalidade, adequação e suficiência das cláusulas⁵³⁴.

Na mesma linha é o que reconhece o Enunciado nº 28 PGJCGMP, do Ministério Público de São Paulo, a respeito da Lei nº 13.964/19: “*A homologação do acordo de não persecução penal a ser realizada pelo juiz das garantias restringe-se ao juízo de voluntariedade e legalidade da proposta, não abrangendo a análise da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime*”. Segundo Pontes de Miranda, esse último ato de ratificação/homologação judicial confere eficácia ao acordo⁵³⁵, com base nos requisitos de existência e validade do negócio jurídico extraídos do art. 104 do Código Civil. Com essa previsão, o magistrado deixou de ser apenas um fiscalizador do acordo, passando a atuar de forma ativa por lhe incumbir, com a nova lei, o papel de conceder eficácia ao negócio jurídico celebrado entre as partes.

Evidencia-se, assim, como um acordo de vontade respaldado na liberdade individual e na autonomia de vontade do indivíduo. Pode-se dizer, portanto, que a natureza jurídica deste instituto é a de um negócio jurídico extrajudicial⁵³⁶, por ser um acordo com repercussão no mundo jurídico celebrado antes da jurisdicionalização da imputação penal, com concessões e obrigações recíprocas, não havendo a imposição de penas⁵³⁷.

Neste sentido, o Enunciado 25 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJG), elaborado pela Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) (art. 28-A, §§ 6º E 12): “*O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas*

⁵³⁴ Enunciado nº 24, do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJG), sobre o assunto: A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.

⁵³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 1974, t. III, p. 15-14.

⁵³⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal** (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 31.

⁵³⁷ Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime do Grupo Nacional de Procuradores Gerais.

acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência.”

Essas condições impostas cumulativamente com a proposta de acordo não podem ser consideradas como sanções de natureza penal em sentido estrito. Nos termos que ensinam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly quando tratam sobre transação penal, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio pode-se aplicar aos acordos de não persecução. Essas sanções são denominadas, pelos autores, como sanções especiais, pois não trazem o reconhecimento da culpabilidade do autor do fato e nem possuem o sentido de reprovabilidade ético-jurídica, como típicas sanções penais⁵³⁸. Muito embora recebam a denominação de penas restritivas de direitos e multa, não geram reincidência e não constam das certidões de antecedentes criminais (apenas a título informativo para evitar-se novo acordo no período de 05 anos estabelecido pela lei).

O principal objetivo da criação do acordo de não persecução foi a necessidade de se encontrar soluções céleres e efetivas em relação aos crimes de baixa e média gravidade, tornando-se um mecanismo de solução consensual no âmbito criminal e voltado à fixação de uma nova política criminal realizada pelo Ministério Público. Nesse aspecto, diz Rodrigo Ferreira Leite Cabral:

Assim, e esse é um aspecto muito importante, é fundado precisamente no seu poder de realizar política criminal de persecução penal, que pode o Ministério Público buscar alternativas para dar respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade, por meio de acordos penais⁵³⁹.

No mesmo sentido de pensamento, Renee De Ó Souza:

À natureza negocial pré-processual, soma-se à vocação programática do instituto, voltado para a fixação de um programa de política criminal pautado em critérios decisórios bem ordenados e que procura enfrentar o inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade com racionalidade, em vistas à realidade social⁵⁴⁰.

Assunto por deveras importante para o estudo do tema ora em análise, diz respeito à

⁵³⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 62.

⁵³⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 84.

⁵⁴⁰ SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 122.

possibilidade de acordo de não persecução na ação penal de iniciativa privada, para que a vítima, que detém a total parcialidade no caso, não traga consigo aspectos particulares, a fim de não corromper o sentido processual e social do instituto. Para Eduardo Araújo da Silva:

[...] não é possível proposta de transação penal por parte do querelante ou de ser representante legal, em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa privada. A lei é clara e somente faz referência a iniciativa do representante do Ministério Público, quando se cuidar de ação penal pública. tal restrição é salutar, pois visa evitar que o inovador instituto seja utilizado como instrumento de vingança privada⁵⁴¹.

Em que pese a opinião do referido autor, não parece ser o encaminhamento correto da questão à luz dos atuais estudos vitimológicos e abolicionista abordados no presente trabalho, que tem demonstrando que a vítima é bem menos vingativa do que se pensa. De fato, a lei é omissa quanto a essa possibilidade, entretanto qualquer vedação nesse sentido acarretaria violação do princípio da isonomia. Dentro do novo espaço que vem sendo conferido às vítimas de crimes, proporcionando maior participação no âmbito do processo penal, não há por que negar a participação da vítima e de seu advogado na formulação da proposta de acordo, considerando, ainda que, se o ofendido pode dispor da ação penal, com mais razão ele poderá propor a aplicação do instituto processual⁵⁴².

O Ministério Público deverá atuar como *custos legis* e substituto processual imediato do querelante, pois, o direito de punir continua sendo estatal, mas a iniciativa da ação penal é transferida para o ofendido ou seu representante legal, uma vez que os delitos dessa natureza atingem a intimidade da vítima que pode preferir não levar a questão a juízo. Nesse sentido, é quase unânime a doutrina⁵⁴³⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 112.

⁵⁴² Tratando da transação penal, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros admite a aplicação dessa via consensual às ações penais privadas, fundamentando o entendimento com base nos princípios da disponibilidade, oportunidade e isonomia. Nesse sentido, é o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n.º 634/RJ (2010/0084218-7) que diz: “A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. Isso porque a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes.”.

⁵⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p.163; MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 342.

⁵⁴⁴ Tal discussão, entretanto, torna-se inócua caso aprovado o novo Código de Processo Penal (PL n.º 8.045/2010), uma vez que extingue tal espécie de ação penal, permanecendo apenas a ação penal pública incondicionada e a

É importante lembrar, por fim, que a finalidade do ANPP é evitar a ação penal, ou melhor, as misérias do processo penal, sendo um instituto claramente despenalizador, calcado na autocomposição. Além disso, o ANPP vem prestigiar um pouco mais a vítima no processo penal brasileiro, prevendo como condição, de forma prioritária, a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima (art. 28-A, I, do CPP) e a sua intimação quando da homologação do ANPP e de seu descumprimento (art. 28-A, § 9º, do CPP), dispositivos que serão explorados a seguir.

6.2. A celebração do acordo de não-persecução.

6.2.1 Pressupostos

Como já explicitado, é relevante que a justiça penal negociada obedeça a determinados parâmetros, não sendo aplicável a toda e qualquer infração penal. Para que possa ser oferecida a proposta de acordo, o caso concreto deve se ajustar aos requisitos especificados em lei. Portanto, faz jus ao acordo de não persecução penal o investigado, não reincidente, que confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal cometida sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 04 anos. Estão excluídos os reincidentes ou aqueles que, embora não reincidentes juridicamente, demonstrarem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; quando o acordo não se mostrar como mecanismo suficiente para a reprovação e prevenção do crime; o investigado tiver sido beneficiado nos 05 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração pelo acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; é, ainda, vedado nas infrações em que a transação penal seja cabível, tendo caráter subsidiário à transação penal⁵⁴⁵, e nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar ou contra a mulher em razão da condição do sexo feminino.

Os pressupostos legais para o ANPP são cumulativos e previstos, mesmo

condicionada à representação. A participação da vítima fica restrita à apresentação de queixa, dando-se esta somente nos casos de inércia do Ministério Público.

⁵⁴⁵ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jeferson. **Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 51.

implicitamente, no *caput* do art. 28-A, do CPP. São eles: a) existência de procedimento investigatório; b) não ser caso de arquivamento dos autos; c) infração penal sem violência ou grave ameaça; d) prática de delito com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos; e) confissão formal e circunstanciada do investigado; f) necessidade e suficiência do acordo de não persecução penal para a reprovação e prevenção do crime.

Apesar de não previsto expressamente, é possível entender sistematicamente que o acordo de não persecução só poderá ser firmado no bojo de um procedimento investigatório criminal, ou seja, pode ocorrer em um inquérito policial ou em um procedimento investigatório criminal (PIC) presidido pelo Ministério Público. A existência de uma investigação formal é garantia do investigado e, portanto, o ANPP somente é admitido se existente a investigação formalmente instaurada.

Diz o legislador, no *caput* do novel artigo 28-A, do Código de Processo Penal, que “não sendo caso de arquivamento” o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Portanto, o momento ideal para a propositura do acordo é quando o Ministério Público se convence da prova da materialidade e indícios de autoria que surgiram durante a investigação, para subsidiar o oferecimento de denúncia. Apesar de não se tratar de antecipação de pena criminal, as condições a serem cumpridas implicam um gravame ao investigado, de forma que a justa causa constitui conteúdo legitimador do oferecimento da proposta pelo órgão acusador. Logo, a presença da justa causa que embasa o oferecimento da denúncia deve também estar presente na celebração do acordo, sob pena da falta de respaldo probatório conduzir ao frustrante desfecho da recusa da homologação judicial.

Assim, se o membro do *Parquet* entender que o caso é de arquivamento, seja por atipicidade da conduta, prescrição, falta de legitimidade por ausência de representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça, deve o promotor de justiça promover o arquivamento da investigação, sendo-lhe vedado oferecer ANPP. Rodrigo Cabral nos ensina que só é cabível o Acordo de não persecução na hipótese de viabilidade do oferecimento da ação penal:

Isto porque – e é fundamental que isso fique bem claro – o acordo de não persecução não pode se prestar para ser instrumento de obtenção da justa causa para a investigação. Somente cabe acordo, como se vê do requisito aqui estudado, quando já existir a justa causa, amparada em uma base factual investigativa, e quando não for o

caso de arquivamento da investigação criminal⁵⁴⁶.

A lei exige também para a formalização do acordo que se trate da investigação de uma infração penal (portanto, crime ou contravenção) praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Logo, não se admite tais acordos quando se trate de crime cuja pena mínima seja igual ou superior a 4 anos, ou, ainda que não o seja, tenha sido praticada com violência ou grave ameaça. Claramente o legislador, legitimamente, afastou a possibilidade de acordo de não persecução penal nas infrações penais perpetradas com violência ou grave ameaça, posto que as práticas de tais infrações consubstanciam injustos mais reprováveis, uma vez que mais elevado o desvalor da ação. O conceito de violência é o conceito amplo, incluindo os casos de violência real, imprópria e presumida.

No entanto, a violência que impede o ANPP é aquela praticada contra a pessoa, não estando incluídas na vedação as infrações penais perpetradas com violência contra as coisas. Nesse sentido, o Enunciado nº 23 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São Paulo, a respeito da Lei nº 13.964/2019:

É cabível acordo de não persecução penal nas infrações cometidas com violência contra a coisa, devendo-se interpretar a restrição do caput do art. 28-A do CPP como relativa a infrações penais praticadas com grave ameaça ou violência contra a pessoa (*lex minus dixit quam voluit*).

Ainda segundo a lei, para aferição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Assim, poderá não ser possível a formalização do acordo caso a pena máxima seja de três anos, mas esteja prevista uma causa de aumento de pena de 1/3. Por outro lado, no crime com pena máxima igual ou superior a 4 anos admite-se o acordo, caso haja uma causa de diminuição de pena. Se a causa de aumento de pena é variável (de 1/3 a 2/3, por exemplo), deve-se levar em consideração o “aumento mínimo”, pois é a pena mínima o pressuposto para o acordo. Ao contrário, existindo causa de diminuição de pena variável, aplicar-se-á o maior percentual, ou seja, “a diminuição máxima”. Em relação às agravantes e às atenuantes, não devem ser levadas em consideração, pois são circunstâncias genéricas, cujo *quantum* não vem estabelecido aprioristicamente pela

⁵⁴⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 107.

norma penal.

O Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), editou o Enunciado nº 29, em 23 de janeiro de 2020:

Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723⁵⁴⁷, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

E o Superior Tribunal de Justiça já assim decidiu:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CÓDIGO PENAL – CP. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. EMBARGOS REJEITADOS. 1. [...]. 2. A aplicação do disposto no art. 28-A do CPP, referente à proposição do acordo de não persecução penal, não foi matéria vertida nas razões do recurso especial, caracterizando indevida inovação recursal, o que torna inviabilizada a conversão do julgamento em diligência. 3. Ainda que assim não fosse, observa-se que, para aplicação do instituto do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), é necessário que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, o que não aconteceu no presente caso. Ademais, há a exigência que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, no caso, a soma das penas mínimas previstas aos delitos imputados ao embargante (arts. 180, caput, 304 c/c 297 e 311 do CP) ultrapassa o mínimo exigido. 4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.618.414 – RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – 23 de jun de 2020).

Pressupõe, portanto, que o investigado, diante da prática do fato criminoso, em evidente reconhecimento da infração criminal praticada, voluntariamente, opte em confessar a conduta ilícita objeto do procedimento investigatório. O Ministério Público deixa de ajuizar a ação penal, mas o investigado deve confessar integralmente a prática criminosa.

Entende-se como confissão formal do investigado aquela preferencialmente gravada em

⁵⁴⁷ Súmulas que também serão aplicáveis ao Acordo de Não Persecução Penal para verificação do *quantum* da pena mínima para cabimento do acordo.

Súmula 243-STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.

Súmula 723-STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

áudio e vídeo (art. 18, § 2º, da Resolução 181/2017, do CNMP) ou reduzida a termo, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal.

A lei condiciona a homologação do acordo à realização de uma audiência (que deverá ser, por óbvio, pública e oral) na qual o Juiz das Garantias deverá verificar a voluntariedade da aceitação do acordo, devendo, para isso, ser ouvido o investigado, na presença do seu Defensor; nesta mesma audiência, o Magistrado verificará a sua legalidade, isto é, se está presente o pressuposto, se estão preenchidos os requisitos legais e, finalmente, se as condições acordadas estão conforme a lei.

A confissão, além de ser pessoal e formal, deve ser circunstanciada, ou seja, integral, completa, minuciosa, com todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive com relato de eventual participação de terceiro no delito. Se o investigado praticou, supostamente, duas ou mais infrações penais, tendo confessado apenas uma delas, o acordo somente poderá ser feito em relação ao fato admitido, devendo ser oferecida denúncia (caso haja justa causa) no que diz respeito ao outro fato.

Se o investigado confessa a autoria, mas indica fato que lhe favoreça (como, por exemplo, excludentes de tipicidade, ilicitude ou de culpabilidade), há obstáculo legal para a formalização do acordo. Neste sentido, observa Paulo Queiroz:

Tampouco a confissão qualificada equivale à confissão formal. É que a confissão qualificada corresponde, em última análise, a uma alegação de inocência, que, se fundada e verossímil, é incompatível com o acordo de não persecução, visto que: a) o acordo pressupõe que não seja caso de arquivamento do inquérito (art. 28- A); b) se o investigado alega excludentes de ilicitude ou de outra natureza não está confessado crime algum, muito menos formalmente. Afinal, quem, por exemplo, subtrai coisa alheia móvel em estado de necessidade (furto famélico) atua conforme o direito; logo, não comete crime; c) não vale qualquer confissão, mas uma confissão consistente e verossímil, sob pena de se firmar acordos com possíveis inocentes⁵⁴⁸.

Por fim, entretanto, se o investigado optar por fazer uso do seu direito constitucional ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), não haverá acordo de não persecução penal. Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar o acordo de não-persecução

⁵⁴⁸QUEIROZ, Paulo. **Acordo de não persecução penal** – Lei nº 13.964/2019. [S.l], 15 jan. 2020.

penal.

O último pressuposto da necessidade e suficiência do acordo está relacionada às teorias que explicam as finalidades das penas no Direito Penal. Assim, como já debatido no capítulo anterior, só será cabível o acordo de não persecução quando o Ministério Público, no seu papel de Instituição garante dos interesses da sociedade, dentro de sua discricionariedade regrada, avaliar se o acordo é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal. Se entender que o ANPP não é suficiente e/ou necessário, seja para a reprovação, seja para a prevenção do ilícito penal ou violar bem jurídico relevante, o Ministério Público não oferecerá a proposta.

Além de todos os requisitos apontados pela doutrina acima, entende-se que o Ministério Público, quando da formalização do acordo, não pode se esquecer da vítima, considerada em seu conceito amplo, incluindo seus familiares, em caso de falecimento. Nesse momento, é necessário considerar-se os direitos fundamentais do ofendido, bem como o dano por ele sofrido, não apenas material e financeiro, mas também psicológico e moral, sendo esses critérios importantes para se verificar a necessidade e a suficiência da medida para prevenção e repressão do delito, pois qualquer política criminal defendida pelo Ministério Público deve sempre preservar as garantias dos direitos das vítimas de crimes.

6.2.2 Condições

Superados os pressupostos; vejamos as condições que o investigado deverá cumprir, de forma cumulativa ou alternativa, para que o acordo seja celebrado. Elas estão previstas no o art. 28-A, incisos I a V, do Código de Processo Penal. São elas: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a

ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Sobre essas condições, ensina Mauro Messias:

Com efeito, as condições a serem pactuadas devem ser ajustadas de modo a ressarcir adequadamente a vítima e recompor suficientemente o meio social, vedando-se a proteção jurídica desproporcional, isto é, aquela que se mostre excessiva (*übermassverbot*) ou carente (*untermassverbot*), sob pena de tornar inconstitucional a avença⁵⁴⁹.

Para reconhecer o valor da vítima, a primeira condição expressa é a obrigação do investigado reparar o dano ou restituir à coisa a vítima (art. 28-A, I, do CPP). Esta certamente é a condição mais necessária e importante do ANPP, pois o Ministério Público como legitimado exclusivo para propor o acordo, deve dar maior atenção às necessidades da vítima do crime, velando, sempre que viável, pelos seus interesses.

A lei prevê a singela necessidade de comunicação da vítima quando da homologação do acordo e de seu descumprimento (§9º), entretanto, em uma visão mais abrangente e sistêmica, é importante que o Ministério Público notifique também a vítima para promover o encontro com o ofendido, verificando o dano por ela sofrido, quantificando-o, bem como fazendo constar, quando possível, o número da conta bancária da vítima para eventual reparação financeira e/ ou a forma como é melhor para ela receber o seu bem do investigado, garantindo-lhe uma integral reparação do dano sofrido, prestando uma satisfação daquilo que ocorreu, mostrando a preocupação do Ministério Público com àquele que teve o bem jurídico ofendido, sendo que a reparação indicada na Lei abrange qualquer espécie de dano, seja material, moral, estético, psicológico.

Esse encontro do membro do Ministério Público com a vítima é essencial para que o promotor de justiça inclusive verifique se o ANPP é suficiente e necessário para a repressão e prevenção da infração penal e por isso sugere-se que seja realizado em data anterior à audiência extrajudicial com o investigado.

⁵⁴⁹ MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 46.

A própria lei exclui essa condição quando é impossível reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (parte final do inciso I, do art. 28-A, do CPP), circunstância esta que não impedirá a celebração do acordo, afinal, há impossibilidade de reparar o dano sofrido. Ou até mesmo nos casos em que existe o crime, mas não se verifica o dano, e em outros que é impossível a reparação em face do perecimento do objeto, não havendo como restituí-lo.

Não obstante, quando há o dano e ele pode ser reparado ou o objeto restituído, não basta mera alegação do investigado de sua incapacidade financeira de fazê-lo. O investigado deve efetivamente comprovar essa impossibilidade. E o ônus de provar a incapacidade financeira é total do acusado. Se não o fizer, o Ministério Público não celebrará o acordo por falta de atendimento a uma das condições legais (art. 28-A, I, do CPP), condição, inclusive, essencial no sentido de reconhecimento, dando maior privilégio e proteção à vítima.

Nessa conjectura, defende Renne Souza e Patrícia Dower:

Emergindo mencionada situação, pontos relevantíssimos devem ser considerados: (a) incumbe ao investigado a prova cabal da sua vulnerabilidade financeira, não bastando mera alegação; (b) deve o agente ministerial, convencido e seguro da situação de insolvência do investigado, atentar-se para a conveniência de propor o cumprimento de outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada⁵⁵⁰.

Importante consignar que em caso de descumprimento do ANPP pelo investigado, o valor pago à vítima, como forma de reparação, ou a coisa restituída, será perdido, ou seja, não será devolvido ao investigado. Além disso, não tendo o investigado, por exemplo, efetuado qualquer reparação à vítima, poderá esta, com cópia da decisão homologatória do ANPP e da decisão que rescindiu o acordo (títulos executivos judiciais), executar essa parte do acordo no Juízo Cível e inclusive pleitear eventual indenização não abrangida pelo ANPP.

A segunda condição expressa é o investigado renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime (art. 28-A, II). Nos ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci, a exigência feita neste inciso envolve, basicamente, a voluntariedade do investigado, qual seja, que a atividade seja realizada livremente, sem qualquer coação, em renunciar, desistindo da propriedade de

⁵⁵⁰ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 150.

bens e direitos, que consistam, conforme indicados pelo MP, em instrumentos (mecanismos usados para a prática do delito), produto (objeto ou direito resultante diretamente do cometimento do crime) ou proveito (tudo o que resulta de lucro advindo do delito, de maneira indireta) do crime⁵⁵¹.

A condição imposta tem total cabimento, posto que não haveria sentido lógico se o Ministério Público deixasse de ajuizar ação penal para oferecer o acordo de não persecução ao investigado e este ainda pudesse permanecer com os produtos e proveitos do crime, bem como com os instrumentos usados na prática delituosa. Seria a real demonstração que o crime compensa e ainda evidenciando à vítima seu desprestígio.

A terceira condição que pode ser inserida, cumulativa ou alternativamente, é a prestação de serviços pelo autor à comunidade ou entidades públicas (art. 28-A, III). No entanto, a própria lei já restringe que esse serviço deve ser por período correspondente à pena mínima cominada ao delito (considerando-se as causas de aumento e diminuição), diminuída de um a dois terços. Para esse *quantum* de redução, é importante que o Ministério Público analise as consequências do crime, a sua gravidade, a forma que foi praticada, os danos à vítima etc., podendo usar como parâmetro a norma do art. 59 do Código Penal, fazendo uma espécie de dosimetria, para poder aplicar uma redução maior ou menor no caso concreto, devendo, também, o promotor de justiça fundamentar sua decisão quanto à aplicação da redução legal, inclusive para permitir que o investigado e seu defensor possam, se for o caso, negociar o percentual de redução, para que concordem com o ANPP. Além disso, deve-se levar em consideração a aptidão para o serviço à comunidade e horários que não prejudiquem sua jornada normal de trabalho.

A quarta condição é o pagamento de prestação pecuniária (art. 28-A, inciso IV), a qual deve ser estipulada nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal, ou seja, deve ser fixada em valor não inferior a 01 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. E assim como na condição anterior, para a quantificação, deve o Ministério Público usar como parâmetro a norma do art. 59 do Código Penal, sempre fundamentando sua decisão, consignando, inclusive, se o valor será pago à vista ou de forma parcelada e, neste caso, indicar em quantas parcelas.

Além disso, nos termos da lei, o destino da prestação pecuniária é entidade pública ou

⁵⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 223.

de interesse social que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito e, repita-se, é o Juízo da Execução Penal quem escolhe a entidade. Contudo, nada impede, que o Ministério Público, investigado e até mesmo a vítima, que apesar de não poder ser indicada como beneficiária, pode indicar uma entidade que lhe é sensível, constando no termo a sugestão de um local para a destinação da prestação pecuniária, deixando consignado ao Juiz da Execução que entendem mais adequado aquele local sugerido para receber a prestação pecuniária.

Importante ressaltar que nesses casos não é aplicável a Resolução nº 154/2012 do Conselho Nacional de Justiça, não existindo, portanto, obrigatoriedade da prestação pecuniária ser depositada em conta judicial. Essa é a opinião compartilhada por Mauro Messias:

Dito de outro modo, as prestações pecuniárias livremente pactuadas não se submetem ao ato normativo do CNJ, porque não são penas, motivo pelo qual não devem ser depositadas em conta judicial, mas, entregues pelo acordante diretamente à entidade pública ou de interesse social contemplada, via movimentação bancária, a fim de garantir o rastreamento do recurso⁵⁵².

Por fim, o último inciso (art. 28-A, inciso V), expressamente prevê que, de forma alternativa ou cumulativa, o investigado *deve cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada*. Não indicando de forma taxativa as condições que podem ser ajustadas, o legislador corrobora a discricionariedade e o protagonismo do Ministério Público no acordo de não persecução, podendo, desta forma, ajustar qualquer outra condição não prevista expressamente no art. 28-A, do CPP, para que o investigado, em prazo determinado, cumpra, desde que a condição seja proporcional e compatível com a infração penal imputada ao caso concreto.

Sabe-se, assim, que algumas condições que eram previstas na Resolução nº 181/2017 (§ 8º, do art. 18), mas que não foram reproduzidas no CPP, porém, são plenamente possíveis de inclusão pelo Ministério Público, tais como: dever do investigado comunicar ao Ministério Público e/ou ao Juízo da Execução eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; dever de comprovar mensalmente ao Juízo da Execução, independentemente de intimação, o cumprimento das condições ajustadas; o dever de, quando for o caso, por iniciativa

⁵⁵² MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 41.

própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. Essas condições, como asseverado, podem ser fixadas com base no inciso V, mas também, nada impede que sejam ajustadas em cláusula autônoma, como formalidade do acordo.

Sobre o assunto, o Enunciado nº 26, do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), em 23 de janeiro de 2020:

Deverá constar expressamente no termo de acordo de não persecução penal as consequências para o descumprimento das condições acordadas, bem como o compromisso do investigado em comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo apresentar, imediatamente e de forma documentada, eventual justificativa para o não cumprimento de qualquer condição, sob pena de imediata rescisão e oferecimento da denúncia em caso de inércia.

Lamentavelmente, a participação da vítima não é uma condição para a formalização do acordo, falhando o legislador ao não considerar a relevância do ofendido neste importante momento de realização do acordo. Entretanto, ainda que não exista a imposição legal, em respeito à vítima do crime, nada impede que o Ministério Público, antes da formalização do acordo, convide a vítima para uma reunião, para que possa ter a oportunidade de avaliar as consequências do crime sob a ótica de quem sofreu a lesão, os danos perpetrados, o valor a ser restituído ou reparado, comunicando-lhe, inclusive, a pretensão de negociar com o investigado. Pondere-se que, não há obrigatoriedade, mas é importante essa preocupação do Ministério Público com a vítima, explicando-lhe minimamente as providências que serão adotadas pelo órgão.

6.2.3 Vedações

Em alguns casos, a lei prevê hipóteses que impedem o oferecimento da proposta de acordo. A primeira vedação, conforme art. 28-A, § 2º, I, do CPP, preceitua que não se aplica o acordo de não persecução penal quando for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais. O dispositivo baseia-se no fato de que a transação penal é cabível

nas hipóteses de infrações penais de pequeno potencial ofensivo, ao passo que o ANPP visa atingir as infrações de média potencialidade lesiva, sendo a transação penal menos gravosa que o acordo de não persecução, pois não exige a confissão do autor dos fatos.

Deste modo, se diante do caso concreto for possível o oferecimento da transação penal prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais, restará inviável a aplicação do acordo de não persecução penal, vislumbrando-se, portanto, a subsidiariedade deste em relação àquela. Sobre o assunto, é importante conhecer a posição de Guilherme Madeira Dezem e Luciano Anderson de Souza:

Não caberá a proposta de acordo de não persecução penal se couber transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais. O que o legislador estabelece aqui é uma situação de precedência, e não de proibição absoluta. Caberá a transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95), ainda que também seja possível a proposta de não persecução penal. Isso porque a transação penal é mais benéfica em termos de requisitos necessários para o cumprimento do que o acordo de não persecução (já que a transação penal não exige confissão, mas o acordo de não persecução, sim). Se o autor do fato não aceitar a proposta de transação penal, isso não impede que lhe seja ofertado o acordo de não persecução penal. Se o promotor não fizer a proposta de transação penal, ele deve justificar os motivos pelos quais não o faz, o mesmo valendo para o acordo de não persecução penal⁵⁵³.

Situação diversa ocorre com a suspensão condicional do processo, sendo que nos casos em que cabe, em tese, os dois institutos, temos que o ANPP é mais favorável ao investigado, visto que impede o oferecimento da denúncia, enquanto a suspensão condicional do processo pressupõe ação penal ajuizada e recebida pelo Poder Judiciário, fato este que deverá reduzir a quantidade de processos com a suspensão condicional do processo.

Não obstante a lei não tenha revogado o art. 89 da Lei nº 9.099/95, haverá uma diminuição considerável da incidência da suspensão condicional do processo, uma vez que o acordo de não persecução é muito mais amplo por já compreender as hipóteses que comportariam a suspensão condicional, isto é, crimes punidos com pena mínima igual ou inferior a um ano. Ou seja, na prática, a partir da vigência do art. 28- A, CPP, somente caberá suspensão condicional do processo nos limitadíssimos casos em que não for possível o acordo de não persecução penal e, ainda sim, for cabível a suspensão condicional do processo⁵⁵⁴.

⁵⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime**: Lei 13.964/2019. São Paulo: RT, 2020, p. 64.

⁵⁵⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 75.

A segunda hipótese que impede o acordo de não persecução penal é “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas” (art. 28-A, § 2º, II, do CPP). O dispositivo legal deixa clara a opção do legislador de vetar a aplicação do instituto para àqueles que já vêm se envolvendo em práticas ilícitas, que fazem do crime uma atividade rotineira, considerando que tal comportamento é incompatível com os objetivos político-criminais do acordo de não persecução.

O conceito de reincidência é tipificado em lei, insculpido nos artigos 63 e 64, do Código Penal, ou seja, reincidente é aquele que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, respeitado o lapso temporal de 5 (cinco) anos e a prática de crimes militares próprios e políticos, sendo que a reincidência pode ser comprovada com a folha de antecedentes⁵⁵⁵ do investigado e mesmo a partir de informações extraídas dos sites dos Tribunais⁵⁵⁶.

Sobre o assunto, foi no anteprojeto do Código Penal de 1969 elaborado por Nélson Hungria⁵⁵⁷ que o tema “reincidência” foi tratado com maior relevância⁵⁵⁸. O § 1º do art. 57 daquele Código consignou, pela primeira vez, a cessação dos efeitos da reincidência após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena e o novo crime, acabando com o sistema da perpetuidade dos efeitos da reincidência. Essa medida demonstrou grande avanço e foi inspirada nas diretrizes inovadoras à época, como os estudos avançados para elaboração do Código Penal Tipo para a América Latina, em busca de soluções legislativas com critérios mais democráticos.

José Salgado Martins lembrou que essa disposição constava da exposição de motivos

⁵⁵⁵ 8 STJ. AgRg no AREsp 1553133/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 15/10/2019.

⁵⁵⁶ STF. HC 162.548. Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 16/06/2020.

⁵⁵⁷ Em 1961 o Presidente Jânio Quadros nomeou Nélson Hungria para elaborar o anteprojeto do novo Código Penal; esse anteprojeto foi apresentado em 1962 e, após a análise das comissões revisoras, foi convertido em lei pelo Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que fixava sua vigência a partir de 1º de janeiro de 1970. Sucessivas leis, entretanto, adiaram o início de vigência da nova legislação penal e, por fim, a Lei n. 6.578, de 11 de outubro de 1978, revogou totalmente o novo Código Penal antes de sua entrada em vigor, pois, entre outras razões, as reformas do Código Penal de 1940, efetuadas pela Lei n. 6.416/77, tornaram este mais atualizado do que o vacante.

⁵⁵⁸ Lydio Machado Bandeira de Mello adverte que o Código Penal de 1969 também se inspirou no projeto de novo Código Penal de Alcântara Machado ao tratar da reincidência, criminosos habituais, profissionais e por tendência, pois esse projeto já disciplinava os criminosos habituais, por tendência, reincidentes e habituais em seu capítulo III da parte geral (arts. 22 a 26). MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **O criminoso, o crime e a pena**. Belo Horizonte: Prisma, 1970, p. 141.

do Código Penal de 1969: “A reincidência pode, ou não, revelar maior merecimento de pena. Seguiu aqui o projeto, critério moderno dentro os preconizados pelo Código Penal Tipo para a América Latina e introduzidos em vários projetos atuais. A maior conquista, em tal matéria, é a temporariedade da reincidência”⁵⁵⁹.

O natimorto Código Penal de 1969 também tratava do conceito de criminoso habitual e por tendência, considerando criminoso habitual quem “reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena”. Mais uma vez José Salgado Martins ensina “em se tratando de presunção de habitualidade, a segunda reincidência pressupõe, como é óbvio, duas condenações criminais anteriores já transitadas em julgado”⁵⁶⁰.

Sobre o conceito de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o Enunciado nº 20 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São Paulo, a respeito da Lei nº 13.964/19 dispõe: “A expressão ‘conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional’, prevista no inciso II do §2º do art. 28-A CPP, deve ser entendida como a habitualidade criminosa, a ser verificada no caso concreto”. O conceito de criminoso habitual (habitualidade criminosa ou reiteração delituosa) não se confunde com o de crime habitual. Neste, o delito é único, figurando a habitualidade como elementar do tipo. É o que ocorre, por exemplo, com o delito de casa de prostituição (CP, art. 229).

Na habitualidade criminosa, há pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma característica do agente, e não da infração penal. No crime habitual, a prática de um ato isolado não gera tipicidade, ao passo que, na habitualidade criminosa, tem-se uma sequência de atos típicos que demonstram um estilo de vida do autor, ou seja, cada um dos crimes anteriores já é suficiente de per si para a caracterização da lavagem, sendo que o conjunto de delitos autoriza o aumento da pena. Conduta criminal reiterada, por sua vez, é aquela que é repetida, renovada. Por fim, diz-se profissional da pessoa voltada para a prática de certa atividade como se fosse ela um ofício ou profissão. Como se pode notar, do conceito das três palavras extrai-se o nítido intento do legislador de vedar a celebração do acordo de não persecução penal com alguém que faz do crime uma atividade rotineira – verdadeiro meio de vida –, alguém que poderá voltar a praticar novos delitos, o que, de per si, justifica a restrição.

⁵⁵⁹ MARTINS, José Salgado. **Direito penal: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 363.

⁵⁶⁰ MARTINS, José Salgado. **Direito penal: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 367.

Contudo, a lei exige elementos probatórios mínimos nos autos que indiquem ser a conduta criminal do investigado habitual, reiterada ou profissional, não bastando meras ilações sobre conduta delituosa rotineira do investigado. Esse é o posicionamento de Rodrigo Cabral, o qual afirma que os elementos probatórios de que a prática é habitual, reiterada e profissional são extraídos da própria investigação, podendo ser constituídos por uma certidão de antecedentes (sobre a existência de outras investigações ou processos penais), complementadas por testemunhos nesse sentido, não bastando a mera desconfiança, devendo existir um juízo de plausibilidade sobre esses elementos⁵⁶¹.

A própria lei, na parte final do inciso II, do § 2º, do art. 28-A, do CPP, faz uma ressalva, permitindo a aplicação do acordo de não persecução mesmo para aqueles investigados que cometam crimes de maneira habitual, reiterada ou profissional, desde que as infrações penais pretéritas sejam insignificantes. Mas qual abrangência desse conceito?

O Enunciado nº 21, do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), em 23 de janeiro de 2020:

Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo.

A terceira circunstância que impede a pactuação do acordo de não persecução penal é “ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo” (art. 28-A, § 2º, III, do CPP). Apesar da lacuna legislativa, entende-se que o termo *a quo* para contagem desse prazo é o cumprimento ou a extinção do primeiro acordo. O dispositivo legal deixa explícito que institutos de justiça criminal consensual, por se tratar de benefícios processuais penais, podem e devem ser limitados pela legislação e concedidos apenas aos investigados/acusados que, efetivamente, não se envolvam, rotineiramente, com a prática de infrações penais. Sendo o acordo reservado àqueles que praticaram a infração penal de forma episódica, uma única vez.

⁵⁶¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 110.

Por fim, a quarta hipótese que impede a propositura do acordo de não persecução penal ocorre “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor” (art. 28-A, § 2º, IV, do CPP).

Os delitos praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão de sua evidente gravidade, não admitem a concessão de benefícios processuais penais aos seus autores, haja vista que a firme aplicação da lei penal nesses casos demonstra a urgente necessidade de uma reeducação de nossa sociedade, a qual, em pleno século XXI, ainda se mostra extremamente machista.

Por fim, sobre o tema, há o Enunciado nº 22, do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), em 23 de janeiro de 2020:

Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Assim, esgota-se o estudo realizado de forma dogmática, analisando os principais dispositivos legais nos quais se encontram previstos todos os requisitos para a formalização do acordo de não persecução penal.

É certo, ademais, que a lei pode conter dispositivos incompletos e mal elaborados, impondo ao operador, por meio de um processo sistemático de hermenêutica, dar-lhe a melhor interpretação, pela comparação com institutos análogos, que apresentem a mesma natureza jurídica, ou, como prefere Carlos Maximiliano⁵⁶², com fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes, pois “é maior a presunção de acerto quando a exegese resulta de comparar trechos da mesma lei, do que de confrontar trechos de leis diversas. Nesta última hipótese, parece intuitivo, entretanto, que se encontraria base segura no cotejo entre uma norma e outra já interpretada de modo definitivo, sobretudo, se as duas tratam do mesmo assunto”.

Nessa linha de interpretação, conclui Pedro Henrique Demercian, por um processo sistemático - e atento a eventuais omissões ou defeitos de redação que a lei pode conter - é lícito

⁵⁶² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.128.

afirmar que se for necessário o emprego da analogia esta deve ser buscada, justamente, em outra medida despenalizadora criada pela Lei 9.099/95, ou seja, a transação penal, que também decorre de acordo⁵⁶³.

6.3. Direitos e garantias individuais do acusado devem ser preservados

A prática consensual no processo penal cria um aparente conflito de valores constitucionais, pois é incontroverso que a renúncia às garantias processuais individuais pelo próprio investigado é um dos pilares da resolução consensual de conflitos penais. O investigado, ao deliberar pela celebração do acordo de não persecução proposto pelo Ministério Público, estaria abdicando a direitos e garantias constitucionalmente previstos em nossa Carta Magna, tais como o contraditório, ampla defesa e o direito ao silêncio? Isso impediria a homologação do acordo por violação da norma suprema? Diante disso, um dos objetivos deste tópico é discutir a viabilidade da renúncia aos direitos fundamentais, para gozo do prêmio no acordo de não persecução penal.

Para isso, é necessário definir o conceito de renúncia, quem pode renunciar e sob quais condições. Segundo Pedro Augustin Adamy:

Renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo⁵⁶⁴.

Entretanto, não há um consenso entre os autores sobre o conceito de renúncia a direitos na esfera penal. Jorge Miranda, traz como características dos direitos fundamentais sua inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, pelo que ninguém poderia ceder ou abdicar da sua titularidade, entretanto isso não impede o titular de optar pela auto restrição e/ou auto suspensão de direitos fundamentais.

⁵⁶³ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Breves notas sobre natureza jurídica da decisão que referenda o acordo de colaboração premiada** e suas consequências jurídicas.

⁵⁶⁴ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. Editora Malheiros. 2011, p. 58.

Ninguém pode, por qualquer forma, ceder ou abdicar da sua titularidade. Mas isso não significa que o seu exercício seja obrigatório, nem que, em certas circunstâncias e para fins também constitucionalmente relevantes ou, pelo menos, não contrários aos princípios do Estado de Direito democrático, os seus titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos⁵⁶⁵.

Nessa mesma obra, Jorge Miranda elenca os requisitos da auto suspensão:

1º) sejam livremente decididas ou consentidas (e nisto se distinguindo das intervenções restritivas); 2º) se encontrem reguladas por lei, quando envolvam algum poder conexo da Administração; 3º) sejam limitadas no tempo; 4º) sejam livremente revogáveis (pressupondo que, pela natureza das coisas, o possam ser)⁵⁶⁶.

José Joaquim Gomes Canotilho defende a irrenunciabilidade do núcleo substancial do direito (que seria constitucionalmente proibido) e admite a possibilidade de limitação voluntária ao exercício (o que entende ser razoável em certas situações). Sua argumentação nos leva à discriminação entre os conceitos de renúncia ao direito fundamental e a mera limitação voluntária ao exercício de alguns direitos. O investigado que renuncia ao devido processo penal alargado, dentro de uma prática negocial penal, assim o faz porque espera obter um prêmio com o ato de renúncia, prêmio esse que considera ser mais valioso do que a preservação do direito fundamental em si mesmo⁵⁶⁷.

No âmbito do nosso estudo, para gozar do benefício premial previsto no acordo, o investigado deixa de utilizar em seu favor algumas de suas garantias processuais individuais. Para defender a constitucionalidade desse enfraquecimento das posições individuais de direitos, a doutrina, buscando reparar essa ofensa, distingue renúncia, perda e o não exercício de direitos fundamentais. Em síntese, na renúncia há um compromisso jurídico de não utilizar seu direito fundamental, ou seja, há uma aceitação do titular em não exercitar algumas faculdades que integram seu direito. A perda não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma imposição

⁵⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** - Direitos Fundamentais - Tomo IV. 5a edição. Coimbra Editora. 2014, p. 426.

⁵⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** - Direitos Fundamentais - Tomo IV. 5a edição. Coimbra Editora. 2014, p. 428.

⁵⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 464.

externa e uma consequência imposta pela ordem jurídica⁵⁶⁸. Bedita Mac Crorie discorre que, “[...] enquanto o enfraquecimento do direito é desejado na renúncia, nos casos de perda já não o será, ou, pelo menos, já não depende da vontade dos sujeitos”⁵⁶⁹.

Já nas hipóteses do não-exercício de direito fundamental, existe uma posição jusfundamental garantida para o titular do direito, que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer. É uma situação fática, de natureza - na maioria dos casos - não-jurídica. Não ocorre, portanto, a expressa manifestação da vontade do titular pela renúncia a esse direito, apenas um não-exercer ou um não levar a efeito as possibilidades da posição jurídica jusfundamental⁵⁷⁰. Portanto, nos casos do não exercício, o titular do direito não age e não se manifesta, havendo uma passividade, enquanto a renúncia exige um ato de manifestação expressa e concordância com a diminuição da esfera de seu direito fundamental.

A adesão ao acordo de não persecução penal, como em qualquer forma de resolução negociada de um conflito penal, tem como requisito essencial a manifestação de vontade do imputado. Cabe a ele, juntamente com sua defesa técnica, aferir quais os benefícios em acordar com o Ministério Público e limitar autonomamente os seus direitos, tais como, renúncias relacionadas com o direito ao silêncio, o direito de produzir provas em seu favor e o direito de não produzi-las em seu desfavor, em troca de certos benefícios.

Para isso, é necessária manifestação expressa do investigado, concordando claramente com todos os termos e condições da negociação, até porque ele assumirá compromissos e obrigações, que precisam ser validamente compreendidos. Nesse sentido, o ato do autor que optar autonomamente pelo acordo de não persecução penal se aproxima da renúncia, diante da imprescindibilidade da manifestação expressa da sua vontade.

Apesar disso, também é defensável que o imputado está exercendo livremente seus direitos fundamentais quando prefere não utilizá-los através de atos que busquem negar a sua responsabilidade no evento investigado, pois o acordo caracteriza uma das formas de exercer sua liberdade individual, a partir do livre convencimento de que naquela situação concreta, a interferência do Estado em sua esfera individual gerará maiores benefícios a si do que prejuízos.

⁵⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais**. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 273-274, 291, 333.

⁵⁶⁹ MAC CRORIE, Bedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32-33.

⁵⁷⁰ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. Editora Malheiros. 2011, p. 39.

Essa é a lição de Jorge Reis Novais:

(...) a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação; (...) através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito"⁵⁷¹

Além disso, o titular do direito é quem melhor compreende a necessidade de seu exercício, sendo que os interesses individuais do réu superam as perspectivas do Estado, uma vez que as normas de direitos fundamentais não têm o dever de proteger bens jurídicos contra o próprio titular do direito⁵⁷². Ao renunciar à instrução processual para pactuar com uma política premial, o imputado aceita restringir alguns de seus direitos e garantias visando alcançar uma reprimenda mínima, ou seja, é também uma forma válida de exercício do direito fundamental.

No caso da consagrada garantia do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir provas contra si mesmo), inserida no âmbito da ampla defesa, aquele investigado que fica em silêncio não está deixando de exercer seu direito de defesa, mas exatamente ao contrário, pois se defende da forma como entende melhor para si através do silêncio, sob pena do exercício da defesa pessoal significar justamente aquilo que se gostaria de evitar, ou seja, a produção de provas contra si próprio e o incremento da sua responsabilidade penal.

É apropriado o registro de que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isso representar determinada vantagem ou benefício ao seu titular⁵⁷³, assim, não existe qualquer proibição de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos⁵⁷⁴. Acima de tudo, a compreensão das garantias constitucionais deve ser analisada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento para a persecução de todas as finalidades constitucionais do processo

⁵⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 235.

⁵⁷² Devemos evitar “[...] a tentação de um paternalismo jurídico em que se transfere para sociedade o encargo de defender os titulares dos direitos contra as suas próprias vontades condutas”. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 263.

⁵⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010. p. 27

⁵⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA, European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case *Hermi v. Italy* (application nº 18114/02), p. 24-25

penal. Ainda segundo Jorge Reis Novais:

da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria⁵⁷⁵.

Como já defendido em capítulo anterior, a dignidade é um valor constitucional que deve permear todo o ordenamento, inclusive a atividade consensual penal, servindo de parâmetro orientador como piso protetivo mínimo, concomitante, como norte a ser seguido. Nesse sentido, é incontroverso que, nos acordos de não persecução, há evidente limitação ao contraditório, restringindo a produção de provas e fulminando o direito ao silêncio. Ainda assim, se a adesão ao pacto for benéfica ao investigado, após ponderação dos benefícios e maléficos, não haverá impedimento ao exercício do negócio consensual, prevalecendo a vontade do acusado, manifestada por intermédio de seu defensor, após verificação da voluntariedade do consenso, evitando-se qualquer tipo de coação, para prestigiar a dignidade de pessoa humana, nesse caso, em especial, do acusado.

No que se referem aos pressupostos da renúncia, como a resolução consensual de um conflito possui a natureza jurídica de acordo, ou seja, de negócio jurídico, valem os requisitos dispostos no Código Civil, especialmente aqueles estabelecidos no art. 104. Além disso, podemos afirmar que para a renúncia ser válida necessário dois requisitos, quais sejam: legitimidade e voluntariedade da adesão. Assim, o investigado deve ser agente capaz ou devidamente assistido por representante legal, caso menor, e pela defesa técnica, sendo imprescindível, também, a inexistência de qualquer ato que vicie a sua manifestação expressa e voluntária da vontade, isto é, ausentes todas as formas de coação, seja moral ou física, o que inclui, obviamente, a ilegal prisão preventiva para obtenção do acordo.

Para análise desses requisitos, o § 4º, do art. 28-A, do CPP, é expresso: para a homologação do acordo de não persecução penal será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor,

⁵⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 235.

e sua legalidade. Nesta audiência, que é pública, o magistrado, guardião dos direitos e garantias individuais, irá verificar se foi de forma voluntária e consciente que o investigado aceitou o acordo de não persecução, sem ter sido coagido, induzido a erro, ou forçado a confessar, certificando-se de que ele compreende a natureza de cada uma das acusações que lhe são dirigidas e as consequências penais a enfrentar.

6.3.1 A ameaça do poder coercitivo do sistema penal.

A maior crítica ao acordo de não persecução é a de que ele é passível de constranger o investigado a confessar involuntariamente o delito, ante o temor de ser submetido a uma pena mais grave. Vinícius Gomes de Vasconcellos, crítico da justiça penal negociada, traz um exemplo elucidativo:

“[...] estudo empírico realizado em conjunto por professoras de direito e de psicologia, publicado em 2013 nos seguintes termos: em resumo, foram executados testes voluntários para uma suposta pesquisa de lógica entre estudantes de uma universidade; durante a realização da prova, um estudante é acusado de trapaça (por ter copiado respostas alheias em tarefa individual), sabendo-se que nada assim havia acontecido; diante disso, o supervisor oferecia ao suposto acusado duas opções, reconhecer sua culpabilidade e não receber a gratificação pela realização voluntária do exame ou solicitar o envio do caso ao conselho de ética da universidade, que, em caso de condenação, advertiria o aluno e impor a sanção de comparecer a aulas de ética por um semestre. Dos 39 estudantes sabidamente inocentes, 22 aceitaram a proposta de barganha, ou seja, 56% dos acusados, que com certeza não haviam cometido o falsamente imputado, reconheceram a culpabilidade em troca de uma sanção menos grave.”⁵⁷⁶

De fato, o poder coercitivo do sistema penal é uma das principais inquietações dos estudiosos norte-americanos na aplicação do *plea bargaining*. Langbein, notório censurador, chega a traçar um curioso paralelo entre o instituto da barganha e a prática europeia medieval da tortura nos procedimentos criminais. Ele relembra que, entre os séculos XIII e XVIII, diversas leis autorizavam o emprego judiciário da coerção física contra o acusado para dele extrair uma confissão de culpa⁵⁷⁷. Entretanto, tal crítica não se aplica aos institutos negociais

⁵⁷⁶ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, 28-35.

⁵⁷⁷ LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. University of Chicago Law Review, v. 46, p. 3-22, 1978.

brasileiros, vez que em nosso ordenamento é imperiosa a necessidade de que a barganha se faça *over the table*, ou seja, na presença das partes e devidamente homologada juiz, para que não haja a controvérsia ocasionada na *guilty plea* americana, a qual há espaços para acordos *under the table* entre o ofensor e o Ministério Público⁵⁷⁸.

Para buscar aniquilar essa conduta por parte dos representantes do Estado, a jurisprudência norte-americana distingue a ameaça lícita da ilícita, para constatar o caráter voluntário da declaração de culpa do imputado (*guilty plea*).

Paradigmático é o caso *Bordenkirsher v. Hayes*⁵⁷⁹, em que ficou ratificado que o *prosecutor* não pode mentir (*bluff*). A acusação tem de ter “causa provável” para acreditar que o arguido cometeu os crimes que são objetos da sua “ameaça”⁵⁸⁰. Nesse julgamento, a corte americana delimita uma linha divisória entre a sobrecarga de acusação (*overcharging*) e o blefe (*bluffing*). Havendo blefe quanto à existência de prova ou quanto à própria existência do crime, a negociação é ilícita, porque não se assenta em elementos probatórios que a sustentem; já na sobrecarga de acusação, o Ministério Público supervaloriza a conduta do réu, anunciando ameaça de pena mais severa, em busca de um acordo mais rigoroso.

Nessa última hipótese, embora evidente a imposição de pressão ao réu pela acusação inflacionada, a corte americana subentendeu que a ‘coação’ é lícita, porque baseada em elementos probatórios reais. De acordo com Nicolás Cabezudo Rodriguez, o critério apontado – da exigência de que a ameaça esteja suportada em material probatório – é também o que, na generalidade dos tribunais superiores, marca o terreno do admissível e do inadmissível no que diz respeito às ameaças cuja efetivação é susceptível de recair sobre outras pessoas (amigos, família etc.) que não o arguido⁵⁸¹.

É importante consignar que no *guilty plea*, norte-americano, a atuação do juiz somente se restringe a analisar se existe uma base fática para a acusação do Ministério Público⁵⁸².

⁵⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 239.

⁵⁷⁹ *Bordenkirsher v. Hayes* 434 U.S. 357 (1978).

⁵⁸⁰ GOLDSTEIN, Abraham. **The passive judiciary** – prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge & London: Louisiana State University Press, 1981. p. 38.

⁵⁸¹ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. **El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica**. Granada: Editorial Comares, 1996. p. 151.

⁵⁸² ALVES, Paulo Vitor de Queirós. **A validade da confissão nos acordos sobre a sentença em processo penal**. 2012/2013. 31f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Lisboa, Lisboa, 2013.

Naquele sistema, o Ministério Público tem ampla discricionariedade para analisar o caso concreto e decidir quando, como e por quais crimes será o acusado submetido à persecução penal, podendo inclusive recusar-se à negociação.

Já em nosso ordenamento jurídico, como vimos no tópico dos pressupostos necessários, o acordo de não persecução só pode ser ofertado quando não é caso de arquivamento da investigação criminal. Assim, o promotor de justiça deve apresentar manifestação fundamentada, indicando os indícios de autoria e materialidade, delimitando a acusação sobre a qual se propõe a oferta do negócio penal. Para comprovar que há conteúdo probatório mínimo apto a deflagração da ação penal, deve o órgão da acusação disponibilizar ao defensor do acusado o inquérito policial ou congêneres respectivos, nos termos Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal, de 09 de fevereiro de 2009: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Essa súmula regulamenta, entre outros direitos, a obrigatoriedade do Ministério Público apresentar à defesa os elementos de prova que ensejam o acordo de não persecução penal. Essa conduta garante a lisura do ato negocial, dando ciência ao investigado sobre os limites da acusação que sobre ele recairá, caso não seja entabulado o acordo. Ao apresentar a justa causa probatória, há uma tripla garantia: 1) delimitação do poder punitivo estatal; 2) proteção das garantias do réu, evitando-se o *bluffing* e *overcharging*; e 3) evitar o efeito surpresa da acusação.

A lei ainda prevê a necessidade de homologação judicial do acordo, para garantir que o consenso seja não só livre, como consciente. Nesta audiência, Benedita Mac Crocie adverte sobre a atuação do magistrado, o qual deve vigiar pela livre aceitação do réu:

Finalmente, é ainda importante apurar se houve um esclarecimento devido, na medida em que as ‘condições informais’ podem ajudar a garantir a voluntariedade da renúncia. Aqui não se trata tanto da questão de saber se o consentimento é livre, mas sim esclarecido. Trata-se de aferir se foram criadas todas as condições ‘para o indivíduo em causa dispor da informação necessária, de modo a decidir como pleno conhecimento de causa se pretende renunciar a um direito’⁵⁸³.

⁵⁸³ MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina: Coimbra, 2013. p. 134.

É importante diferenciar coação e coerção ao réu para aceitação do acordo de não persecução penal. A coerção representa uma coação legítima e juridicamente admitida que força e obriga o violador da lei a proceder contrariamente à sua vontade. Por outro lado, a simples coação carrega, implicitamente, uma ideia de violência e constrangimento que nada possui de legitimidade, aliás, *contrario sensu*, viola a ordem jurídica. Portanto, na proposta de acordo de não persecução, há uma coerção legítima do Estado, oriunda de regras democráticas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico. Vicente Paulo Francisco já ensinava:

Coercibilidade é, pois, uma possibilidade de ação, ou a ação efetiva, assegurada pela força e tendente, em caso de violação da norma jurídica, a obter ora o mesmo resultado que se obteria com sua observância, ora um resultado inevitavelmente diverso, mas sempre reparador da ordem jurídica.⁵⁸⁴

Infere-se, destarte, que no acordo aqui tratado, não há coação, mas sim coerção à confissão e submissão às condições estabelecidas pelo Ministério Público. Por fim, o que não se admite é que a mera ameaça de uma condenação macule a existência de vício de consentimento do investigado, que voluntariamente e conscientemente optou por colaborar com sua incriminação, abdicando do direito ao silêncio na busca do benefício, o qual entende ser mais vantajoso para sua situação jurídica.

6.3.2 A confissão exigida para o ANPP não ofende o direito constitucional ao silêncio

O direito ao silêncio, cuja origem remonta à Idade Média e ao início da Renascença, surgiu como forma de reação ao procedimento inquisitório que transformava o acusado em instrumento de sua própria condenação. Beccaria, nos idos de 1764, já se insurgia contra a exigência de juramento de verdade no julgamento do réu, afirmando que

uma contradição entre as leis e o sentimento natural dos homens nasce dos juramentos que se exigiam dos réus, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir com a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens; quando fala o interesse.⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 165.

⁵⁸⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 78.

Por essas razões, o atual sistema processual brasileiro confere especial importância ao direito do réu de permanecer em silêncio, impedindo, inclusive que o magistrado fundamente decisão desfavorável ao réu, por ter ele optado em ficar calado. O direito ao silêncio e à não autoincriminação estão umbilicalmente ligados. Sem o direito ao silêncio, o réu estaria obrigado a falar revelando, por vezes, informações aptas a sua autoincriminação.

Apesar de previsto em tratado internacional do qual o Brasil é signatário⁵⁸⁶, o direito ao *nemo tenetur* não está expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico local. Para Antônio Scarance, foi certa a doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência e o direito ao silêncio⁵⁸⁷, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ser forçado a produzir prova contra si mesmo⁵⁸⁸.

Tal princípio encontra fundamento, mais uma vez, no respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988), a qual concebe ao acusado a condição de sujeito de direito no processo, e não a de objeto de investigação⁵⁸⁹. Entretanto, à não incriminação não tem vigência absoluta, sendo passível de limitação. A lei processual, prévia e expressa⁵⁹⁰, é instrumento apto a excepcionar o princípio do *nemo tenetur*, viabilizando a confissão do investigado na prática negocial, sem que haja violação do referido princípio.

Não há, portanto, qualquer ofensa ao direito ao silêncio, já que o investigado tem a liberdade de confessar ou não o ato delituoso, ou seja, tem o investigado o direito de ficar calado ou de confessar detalhadamente o ato delituoso. É uma opção do investigado, dentro de sua autonomia de vontade e assistido pela defesa técnica.

Ao contrário de uma conclusão apressada, o dispositivo em análise não anula a garantia constitucional do acusado de permanecer em silêncio, descrita no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Isso porque o investigado não é compelido a dizer a

⁵⁸⁶ Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, firma a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual, no artigo 8º, II, alínea g, disciplina como garantia judicial a prerrogativa de investigado “não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado”.

⁵⁸⁷ Cf. artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”

⁵⁸⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303-304.

⁵⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 40-41.

⁵⁹⁰ *Ibid.* p. 45.

verdade ou de não permanecer em silêncio. A escolha pela intervenção ativa, isto é, de prestar declarações fidedignas sobre os fatos, desde que livre e consciente, não viola aquela garantia constitucional. O direito de escolher entre exercer seu direito ao silêncio ou confessar detalhadamente o crime, encontra amparo na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade. Nesses casos, a restrição a direitos fundamentais é constitucional, desde que não seja permanente, nem geral, mas decorra de voluntariedade e represente proporcional aumento do direito à liberdade do investigado, condições que ficarão sob a fiscalização do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado⁵⁹¹.

Importante, entretanto, ressaltar que a confissão exigida para o acordo de não persecução penal não serve para formar a *opinio delicti* do Ministério Público. Como já consignado, só cabe acordo de não persecução penal quando o Ministério Público já possui todos os elementos suficientes para a ação penal. É dizer, quando já estão plenamente preenchidas as condições da ação penal. A justa causa e demais elementos para a denúncia já estão presentes.

Logo, não é a confissão por ocasião da celebração do acordo de não persecução penal que fundamentará a *opinio delicti* do Ministério Público, visto que esta já estará formada quando da audiência extrajudicial para a formulação do ANPP. A confissão, em sede de acordo, tão somente reforça a justa causa já existente nos autos, mas não é o elemento principal para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público⁵⁹².

Ao tratar da necessária confissão, Renee de Ó Souza pontua:

Trata-se, em verdade, de providência de feição preventiva, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indicam ter sido a autora da infração penal.

[...]

De outro lado, importa deixar bem assentado que a confissão obtida para a celebração do acordo de não persecução não enseja assunção de culpa, e por isso não pode implicar julgamento antecipado do caso.

[...]

Exatamente porque a confissão serve apenas para depuração dos elementos indiciários confirmatórios da prévia *opinio delicti*, e em razão de não produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado, é que não se identifica nessa exigência suposta violação da presunção do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII).

⁵⁹¹ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 161.

⁵⁹² SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 129.

Nesse sentido, Enunciado nº 24 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São Paulo, a respeito da Lei nº 13.964/2019: “Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para a oferta da denúncia”.

Considerando ser uma confissão extrajudicial, é retratável em Juízo e não leva, por si só, à condenação (art. 155 do CPP), devendo o magistrado avaliá-la com as demais provas produzidas sob o crivo do contraditório para entender pela culpa, ou não, do réu que descumpriu o acordo de não persecução.

Assim, neste tópico tratou-se sobre direitos e garantias assegurados ao investigado. Entretanto, diante da perspectiva vitimológica que procura desenvolver este trabalho, a política criminal levada a efeito pelo Ministério Público deve também ser uma de preservação de garantia de direitos das vítimas de crimes, criando instrumentos de valorização da vítima e de integração à tutela penal.

6.4. O Acordo de Não Persecução Penal como um instrumento de promoção dos interesses das vítimas: uma proposta baseada nas práticas restaurativas.

No Brasil, os movimentos vitimológicos estão ligados, principalmente, a vítimas específicas, como mulheres em caso de violência doméstica, e geralmente os esforços são voltados à criminalização de condutas e aumento de penas, como ocorreu no movimento de vítimas de trânsito, que culminou com a edição a Lei nº 13.546 de 2017, a qual aumentou significativamente a pena do crime de homicídio provocado por motoristas embriagados. Isso se deve ao imaginário popular que muitas vezes visualiza a vítima como uma figura que deseja a vingança, e assim o tratamento processual penal conferido a ela tornou-se subsidiário e complementar, sendo que a persecução penal era toda focada no acusado, com a maximização das garantias ofertadas ao acusado. Esse pensamento de que a vítima buscava exclusivamente a punição do acusado, contribuiu para seu afastamento na construção de uma resposta no caso concreto, considerando a racionalidade e previsibilidade que o processo penal convencional visa preservar.

Entretanto, esse modelo consagrava o desprestígio da vítima e a tutela superficial de seus interesses. Assim, o momento atual impõe uma verdadeira correção na interpretação do pensamento teórico de Luigi Ferrajoli no Brasil, a fim de que as questões afetas à persecução e aplicação da norma penal possam ser realizadas com base em uma proposta de garantismo integral, ou seja, aquele que assegura os direitos do acusado, não permitindo violações arbitrárias, desnecessárias ou desproporcionais, e, por outro lado, assegura a tutela de outros bens jurídicos relevantes para a sociedade (vítima), em consonância com as duas vertentes do princípio da proporcionalidade, incluindo a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente (proibição da ineficiência).

Assim, a condição de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima que pode ser imposta no acordo de não persecução penal tem por finalidade, como evidencia a clareza do texto legal, minimizar os danos causados ao ofendido, ilustrando a preocupação do Direito Processual Penal não apenas com os direitos e garantias dos investigados e acusados, mas, também, com os dos sujeitos passivos de crimes, o que demonstra a adoção do garantismo penal integral pela atual legislação.

Logo, a vítima passa a ter interesse no resultado da persecução penal, não apenas numa perspectiva da ação penal privada subsidiária da pública ou da ação reparatória cível, mas também podendo obter a reparação dos seus danos pela via do ANPP. Além disso, a recente alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) prevê a intimação da vítima da decisão de arquivamento do inquérito policial e, no § 1º, a possibilidade de recorrer às instâncias de revisão do Ministério Público, contra tal posicionamento, demonstrando essa mudança de paradigmas.

Antes da edição da Lei 13.964/19, o Conselho Nacional do Ministério Público já se atentava para a dimensão humana e subjetivo da vítima, normatizando intervenções diretas do ofendido no Procedimento Investigatório Criminal instaurado pelo MP. O §5º, da Resolução CNMP nº 181/2017, dispõe que, durante os procedimentos de acolhimento, oitiva e atenção, a (o) promotora(o) de justiça garantirá à vítima a possibilidade de prestar declarações de modo espontâneo, sugerir diligências, indicar meios de prova e deduzir alegações.

Um ano depois, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 253 e estabeleceu diretrizes para uma política judicial de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, orientando-as sobre seu direito de estar presente em todos os atos processuais,

além da adoção de providências para que sejam ouvidas em condições adequadas, prevenindo a revitimização. Em seu art. 1º, §1º, a resolução adota o conceito de vítima já com influência dos ideais restaurativos, definindo-a como “pessoa que tenha sofrido algum dano físico, moral, patrimonial ou psicológico da prática de crime ou ato infracional praticado terceiro, ainda que este não tenha sido identificado, julgado ou condenado”, assegurando, ainda, que os direitos da vítima também se estendem às pessoas vinculadas a ela (“cônjuges, companheiros, familiares em linha reta, irmãos e dependentes”).

Como já visto, há na seara penal uma crescente demanda pelos mecanismos de autocomposição dos danos, o qual pressupõem que as partes busquem a solução mais adequada ao conflito sob a tutela jurisdicional, adotando-se um discurso de reconhecimento da posição da vítima. Esse cenário favorece o desenvolvimento de programas e projetos que incluem a vítima na solução do caso penal, com base nos princípios já pensados pela Justiça Restaurativa.

A Resolução CNMP nº 118/2014, sem fazer nenhuma distinção sobre a natureza penal dos crimes, estabelece que a aplicação das práticas restaurativas é recomendada para situações em que seja viável a reparação dos efeitos da infração por meio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), objetivando-se restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos⁵⁹³. Já a Resolução CNJ nº 225/2016 trata da política judicial de implementação da Justiça Restaurativa, demonstrando a importância da participação da vítima e compartilhamento de responsabilidades entre ela e o autor da ofensa para, dialogicamente, construírem uma resposta ao caso penal, valorizou-se ainda mais o ato de criar oportunidades de intervenção direta do vitimado no resultado da tutela institucional do caso penal.

Para Paul Mccold, notório defensor da Justiça Restaurativa, a decepção com o punitivismo exagerado e com os paradigmas da reabilitação propiciou um clima político para que a JR fosse cogitada como uma via alternativa de interpretação e de reação ao delito⁵⁹⁴. Lode Walgrave, também constatou que a origem da institucionalização das práticas restaurativas está associada aos movimentos pelos direitos das vítimas, linhas teóricas comunitaristas e vertentes

⁵⁹³ BRASIL. Resolução nº 118 de 1º de dezembro de 2014. Brasília: Conselho Nacional do MP, 2014.

⁵⁹⁴ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range **Theory of Restorative Criminal Justice**: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Leuven (Bélgica): Outubro 24-27, 1999, p. 1.

da criminologia crítica⁵⁹⁵.

Apenas retomando assunto de capítulo anterior, a melhor definição de Justiça Restaurativa é dada pela Resolução CNJ nº 225/2016, a qual preceitua como um conjunto de princípios, métodos, técnicas e atividades que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de forma estruturada.

Para Howard Zehr e Ali Gohar, a maior preocupação da Justiça Restaurativa é o dano sofrido pelas vítimas e pelos laços comunitários no contexto em que o crime foi praticado⁵⁹⁶. Nesse contexto, como fundamento principal da JR, os autores definem o crime como uma conduta que lesa pessoas e relacionamentos, gerando ao autor da ofensa a obrigação de assumir uma postura ativa de retratação e de reparação, permitindo que o ofendido e membros da comunidade integrem o processo decisório quanto à definição das obrigações reparadoras, empoderando a vítima para recuperar a dignidade lesada, e respeitando o ofensor como um agente responsável capaz de reparar seus atos e assumir obrigações.

Nesse contexto, o acordo de não persecução penal pode se mostrar um mecanismo eficiente e importante na concretização de formas alternativas de responsabilização criminal do investigado, considerando os sentimentos, necessidades e expectativas da vítima, para alinhar os termos do acordo. Sobre a participação da vítima nas tratativas, o art. 28-A do CPP previu sua singela intimação em caso de homologação do acordo e em seu descumprimento (§ 9º). Contudo, à luz de todo o movimento de redescoberta da vítima no processo penal, incentivada de maneira unânime pelas normas internacionais e pela jurisprudência das Cortes internacionais⁵⁹⁷, é necessária uma preocupação efetiva, global e permanente com a vítima desde o início das tratativas até o final do procedimento.

A imprescindibilidade na participação da vítima por ocasião da formação do acordo, permitiria que a própria vítima, assistida por advogado, tratasse diretamente de seus interesses,

⁵⁹⁵ WALGRAVE, Lode. **Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice**. Washington University Journal of Laws & Policy. Washington: v. 36 Restorative Justice, n. 91, p. 91-139, 2011, p. 94.

⁵⁹⁶ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice**. Unigraphics, 2002, p. 21.

⁵⁹⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Aksoy v. Turkey. Application n. 21987/93. Julgamento em 18.12.1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58003%22%5D%7D>} e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Gomes Lund e outros v. Brasil. Sentença de 24.11.2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

que não precisariam ser discutidos por sujeitos processuais outros, que já dispõem de seus próprios interesses a defender em juízo.

A Recomendação n. 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros da Europa⁵⁹⁸, inclusive, já recomendava que os interesses da vítima deveriam ser levados em consideração em todas as fases do processo de justiça criminal, devendo “ser questionada de que maneira poderia ser dada a devida consideração à sua situação pessoal, seus direitos e sua dignidade”. Para tanto, a vítima deve ser informada e convidada a participar das negociações do ANPP, assegurando-se direito de ciência, em tempo útil, a respeito das tratativas, podendo fornecer informações ao membro do Ministério Público para auxiliar na tomada de decisão e direito de manifestação sobre o cabimento do benefício, sobre as propostas e contrapropostas, e de ter seus interesses globalmente considerados – não apenas patrimoniais – mas também psicológicos e morais, sendo esses critérios importantes para se verificar a necessidade e a suficiência para a prevenção e repressão do delito (p.ex. os crimes contra a dignidade sexual).

Tamanha a preocupação com a vítima que o art. 28-A do CPP apontou a reparação do dano como a primeira condição para o ANPP. No mesmo sentido, a Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público prevê, no art. 17, que o promotor de justiça deve tomar todas as providências necessárias e adequadas para a preservação dos direitos das vítimas, bem como para a reparação dos eventuais danos por ela sofridos. Portanto, deve o Ministério Público zelar para que os direitos do ofendido, inserindo-o na mesa de negociações sempre que possível.

Com a manifestação de interesse da vítima e do autor dos fatos em se encontrarem para conversar sobre o ocorrido, as práticas restaurativas se mostram adequadas a fornecer um ambiente seguro e democrático, no qual a discussão e eventual consenso quanto à reparação de danos poderão ser instrumentalizados em um acordo restaurativo.

Essa atuação ministerial foi reconhecida, inclusive, recentemente, na I Jornada de Direito e Processo Penal, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) entre 10 e 14 de agosto de 2020, oportunidade em que foi aprovado o Enunciado n. 28, com o seguinte teor: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP”⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804dcca

⁵⁹⁹ Disponível em: <file:///C:/Users/monizepompeo/Downloads/EnunciadosaprovadosnaPlenariaJDPP.pdf>

A conexão entre as práticas restaurativas e os trâmites para celebração do ANPP, exige, antes de tudo, que o promotor de justiça tenha conhecimento não apenas dos procedimentos envolvendo a proposta e celebração do acordo, mas também dos pressupostos e etapas relacionadas à abordagem restaurativa, sendo necessário o estudo sobre técnicas de negociação integrativa, a qual é conceituada por Danielle de Guimarães Germano Arlé:

A negociação integrativa corresponde a um estilo de negociação no qual os esforços dos envolvidos são somados a fim de promover a melhor solução possível para a questão enfrentada, considerando as limitações e aptidões de cada polo na negociação. Nesse sentido, em vez de adotar uma postura competitiva, impositiva ou adversarial, a(o) promotora(r) de justiça, em se tratando da negociação dos termos do ANPP, deverá se atentar para a celebração de combinados que prestações cujo resultado positivo pode ser maximizado pelas habilidades e recursos à disposição do autor da ofensa. Assim, para conhecer esses recursos e entender melhor como direcioná-los à reparação de danos para a vítima e comunidade, a(o) promotora(r) adotaria uma postura de diálogo, esclarecendo a sua função, os interesses públicos envolvidos e construindo, com a vítima e autor da ofensa, uma solução exequível em termos de ANPP. Diferente é a negociação distributiva, na qual, com um viés competitivo de “ganha-parte” os envolvidos dividem os seus esforços a fim de obter maiores ganhos à custa das perdas da contraparte⁶⁰⁰.

Nessa interlocução entre Justiça Restaurativa e Acordo de Não Persecução Penal, há duas espécies de autocomposição: a) a negociação entre Ministério Público e investigado e b) a mediação, em sentido amplo, entre o investigado e a vítima. Esse diálogo terá como base o princípio de respeito à vontade da pessoa que teve seu bem jurídico ofendido, a qual na visão restaurativa é a protagonista fundamental no protocolo de reprovação e reação ao delito. É fato que esse diálogo na mediação penal é dotado de uma concepção pessoal muito mais profunda do que a simples negociação entre o Ministério Público e o investigado.

Embora o propósito final do ANPP e práticas restaurativas possam parecer análogas, qual seja, harmonizar relações humanas, a partir da reprovação do crime e da reparação do mal causado, o promotor de justiça deverá atentar-se para outro aspecto, pois ainda que valorize os interesses da vítima, está representando o interesse público (Estado), devendo ponderar também o resgate da segurança pública, evitando-se a sensação de impunidade gerada pelo impacto social do delito. Entretanto, são perspectivas complementares e conciliáveis.

O membro do Ministério Público deve esclarecer que, além da reparação do dano à

⁶⁰⁰ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no MP*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 182-185.

vítima, a proposta estipulará condição de prestação de serviços à comunidade, com o objetivo de reparação comunitária em razão do interesse social na situação, uma vez que o crime também é uma lesão às normas estatais, sendo a função da pena retributiva e preventiva.

Estabelecida essa premissa, o promotor deve convidar primeiro a vítima, indagando se há interesse na prática restaurativa. Em caso positivo, poderá angariar informações e com base nesse diálogo, considerar as propostas que serão feitas ao investigado, traçando a melhor estratégia de abordagem da situação, relacionando-as com as causas materiais da prática delitiva, construindo junto com os participantes da mediação quais as necessidades e medidas reparadoras que serão assumidas. Ainda, o termo de eventual acordo deve considerar encaminhamentos que facilitam o desmantelamento dessas causas, gerando maior reintegração social daquele que praticou o delito.

Nota-se que as práticas restaurativas oportunizam uma outra maneira de responder ao crime e responsabilizar o ofendido, dispensando o caráter aflitivo da pena e dos efeitos negativos do processo, servindo como uma alternativa a ele, e à punição, mediante a reparação de danos ao ofendido e a promoção de uma censura pública ao crime⁶⁰¹.

O acordo de não persecução traz uma resposta estatal mais célere, pois permite que o investigado cumpra mais rapidamente medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa, e assim tem a potencialidade de auxiliar na contenção da violência do sistema penal para autores de crimes com vítima certa e determinada. Segundo Rodrigo Leite Cabral:

O ANPP busca efetivar os princípios da eficiência (art. 37, caput, da Constituição) da proporcionalidade (art. 5º, inciso LVI), da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII), e o princípio acusatório (art. 129, incisos I, VI e VI), oportunizando ao sujeito a chance de evitar a estigmatização do processo, eventual aplicação de pena e contribuir com a pacificação social, o que é maximizado pela interlocução entre as práticas restaurativas e este instituto⁶⁰².

É importante pontuar que a lei permite expressamente que o Ministério Público indique, como requisito de cumprimento do acordo, condições proporcionais e compatíveis com a

⁶⁰¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A Censura para além da Punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 136-152, 220- 221.

⁶⁰² CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. CONJUR, 18/09/2017.

infração imputada (art. 28-A, inc. V, do CPP). Não sendo o rol taxativo, o instituto possibilita a oferta de práticas restaurativas, ou ainda, outras medidas reparadoras mais criativas, que podem surgir do consenso entre autor e vítima.

Lembre-se que a principal opinião que deve ser considerada é a da vítima. Portanto, é essencial a escuta qualificada de suas verdadeiras necessidades, que podem ser até distintas e inusitadas, daquelas que o promotor imaginava. Aqui, importante a lição de Marshall Rosenberg, o qual ressalta que “a partir do momento em que as pessoas começam a conversar sobre o que precisam, em vez de falarem do que está errado com as outras, a possibilidade de encontrarem maneiras de atender às necessidades de todos aumenta enormemente”⁶⁰³.

Deve-se considerar a hipótese de não haver consenso entre vítima e investigado, caso em que o promotor de justiça, como titular da ação penal, poderá (se entender necessário e suficiente) propor o ANPP com base nas informações que foram obtidas anteriormente. Desse modo, invariavelmente, o desejo da vítima deverá ser considerado no momento de elaboração do acordo.

Ademais, merece destaque o fato de que as condições de reparação do dano à vítima, que estiverem estipuladas no acordo, podem ser objeto de execução no âmbito cível em caso de descumprimento por parte do imputado. Ou seja, o descumprimento do ANPP implicará no oferecimento de denúncia contra o investigado (art. 28-A, §10º), e, ainda, execução cível dos compromissos que foram assumidos para reparar o dano à vítima. Podem ser previstas, ainda, multas pelo descumprimento das prestações reparatórias, o que instiga o cumprimento voluntário do acordado.

Nessa lógica, a existência de multa cominatória, correção monetária ou qualquer outra cláusula que favoreça a indenização, podem ser requeridas pela vítima, em caso de descumprimento do acordo, para compensar os esforços dispensados para a execução na área cível. Portanto, o ANPP descumprido se torna, além de uma autorização para a denúncia, um título executivo judicial, o que também pode ser explicitado em seus termos.

É imperioso lembrar que o acordo parcialmente cumprido, também será tido como desrespeitado, vez que a reparação à vítima não desonera o investigado de cumprir, se estiverem previstas, outras prestações, como serviços comunitários, e vice-versa. É necessário o

⁶⁰³ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 2a ed. São Paulo: Ágora, 2006. p. 86.

cumprimento total das obrigações.

Uma questão complexa, de difícil operacionalidade na prática, é a impossibilidade de consenso entre os envolvidos, sobre o valor a ser reparado. Essa controvérsia pode recair sobre a quantificação do prejuízo financeiro da vítima, ou também em relação a despesas decorrentes do ilícito, como tratamentos médicos ou superação de traumas psicológicos. Além disso, em um país com tamanha desigualdade social, é evidente que em inúmeros casos a condição financeira do imputado não permite a reparação nos termos da pretensão da vítima. Nesse cenário, já previsto pela lei, será aplicada a exceção prevista no inc. I do artigo 28-A.

Entretanto, essa limitação na capacidade indenizatória deverá ser confirmada por diligências de averiguação, não bastando a mera alegação do autor. Mesmo assim, deve-se estabelecer um valor mínimo a título de ressarcimento, o que não impedirá a vítima de requerer complementação na seara cível. Essa é uma opção, criada pelo próprio legislador, para que não restasse inviável a celebração de ANPP em razão da condição financeira do investigado.

É de suma importância que o membro do Ministério Público demonstre interesse em ouvir todos os participantes do caso, assimilando com cuidado todos os sentimentos e necessidades, fazendo indagações que gerem sentimentos profundos, capazes de colaborar com o processo de construção da resposta penal. Afinal, essa postura pode “proporcionar a empatia e permitir a geração de opções criativas para encontrar soluções para os problemas”⁶⁰⁴. Não raro, inicialmente a vítima deseja severa punição ao autor do dano, mas no decorrer das tratativas passa a demonstrar compreensão, contentando-se com um sincero e definitivo pedido de desculpas do autor, potencializando o arrependimento e o perdão.

Assim, a responsabilização daquele que ofendeu o bem jurídico deve ser combinada com sua reabilitação e completada com a compensação e reparação às vítimas. Para Celeste Leite dos Santos, gestora do Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos do Ministério Público do Estado de São Paulo,

a adoção da perspectiva do injusto penal restaurável e dos valores que lhe são inerentes, para que possa obter a máxima eficácia na gestão da administração da justiça. A incorporação de valores, como a verdade, compaixão, justiça e paz, não se opõe à aplicação da lei e diretrizes constitucionais, mas permite que se percorra o caminho da cura individual e social, levando em consideração as reais necessidades

⁶⁰⁴ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro**. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D Plácido, 2020. p. 123.

das vítimas, comunidade atingida e infratores. O caminho da cura permite a criação de um espaço de reconciliação, que não é passível de ser obtido por meio do processo penal ou dentro de uma lógica estritamente formalística"⁶⁰⁵.

O projeto AVARC, baseado em propostas restaurativas, foi implementado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e premiado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2019, e tem objetivo instituir uma forma desburocratizada e eficiente de acesso à justiça, com ênfase na escuta ativa especializada das vítimas diretas, indiretas e coletivas de crimes, possibilitando a paz social em nossa sociedade.

Nas palavras da idealizadora do projeto, para implementação do modelo, parte-se da conscientização do papel de autoridade do Promotor de Justiça e promove-se diálogo para que, além da verdade forense (fatos), se integre ao delito a verdade narrativa (sentimentos, necessidades e desejos) A inclusão da vítima, ofensor e comunidade é realizada por meio da escuta ativa e esclarecimento das expectativas dos envolvidos (princípio da diversidade). Na sequência, passa-se à fase intermediária, com inclusão de todos os envolvidos, promovendo se a escuta e compreensão mútua e desenvolvimento de plano de reparação (princípio da interdependência). Por fim, a verdade transformadora se consubstancia pelo cumprimento do contratado por todos os atores envolvidos⁶⁰⁶.

Nesse caso, ainda que infrutífero o acordo, o simples encontro entre vítima e ofensor já se mostra importante, na medida em que a ela se oferece a oportunidade de contar sua versão dos fatos, bem como expor os efeitos do crime em sua vida, medidas estas benéficas no processo de cura do trauma, ou até mesmo de solução do ressentimento e outros sentimentos adversos decorrentes da vitimização.

Por fim, é cabível a advertência de que o Acordo de Não Persecução Penal não pode ser entendido como mero instrumento de rápida imposição de pena, ao talante das garantias constitucionais do acusado, ou mesmo dos direitos da vítima. Uma visão democrática, pautada no garantismo social e na igualdade, mostra-se indispensável para a consolidação de um modelo que abranja os "direitos e garantias das partes, assegurados num procedimento que se

⁶⁰⁵ SANTOS, Celeste Leite dos Santos. **Injusto Penal e os Direitos das Vítimas de Crimes**. Curitiba, Juruá, 2020, p. 134.

⁶⁰⁶ SANTOS, Celeste Leite dos Santos. **Injusto Penal e os Direitos das Vítimas de Crimes**. Curitiba, Juruá, 2020, p. 226.

desenvolva num prazo razoável, para se atingir um resultado justo"⁶⁰⁷.

A obrigatoriedade da presença da vítima ou, pelo menos, o seu convite para participar do ato são demonstrações da proposta de ressignificação do papel da vítima, para que possa ter tratamento digno de seu valor na persecução criminal, satisfazendo suas pretensões e interesses, evitando-se que o acordo de não persecução penal se torne mais um instituto voltado apenas às necessidades autor.

⁶⁰⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro**: agências e laboratório de jurimetria. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, v. 11, n. 1, 2017, p. 25.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O foco principal do presente trabalho foi analisar o modelo consensual de justiça criminal como um caminho viável diante da crise do sistema penal retributivo-punitivo, sem defender que esse seja extinto, mas buscando mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, decorrente da evolução da cultura do diálogo e do consenso, destacando a importância da participação da vítima na construção desse novo sistema de resolução de conflitos no âmbito criminal, para garantia da efetivação de seus direitos. Seguindo o que foi proposto, enumera-se as seguintes conclusões com o desenvolvimento do presente estudo:

1. O conceito de vítima no processo penal encontra grandes dificuldades de padronização por não se tratar de um termo exclusivamente jurídico, mas que tem origem criminológica. Entendendo a necessidade de valorização da vítima, defende-se um conceito em sentido amplo, ou seja, vítima não é apenas a prejudicada diretamente pelo ato criminoso em si, mas todos aqueles que sofreram algum prejuízo com o delito, seja de forma material, psicológica ou física, pois adotando-se o atual conceito legal restrito, há riscos de interpretações equivocadas, devendo cada situação ser analisada no caso concreto para que se possa compreender e identificar as vítimas do ato criminoso.

2. O resgate da importância da participação da vítima no processo penal partiu necessariamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, inicialmente invocado em favor do acusado, também passa a servir de vetor interpretativo para o aperfeiçoamento de uma maior proteção da vítima, visando a maior humanização do processo penal, tendo como foco um conflito humano, que prioriza a solução real do problema, ao atentar para os anseios e interesses das pessoas envolvidas (acusado, vítima e coletividade), em detrimento de uma mera resposta jurídico-formal abstrata. Essa participação da vítima, não pode restringir-se a uma atuação meramente formal, mas necessita ser efetiva, sob pena de comprometimento do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional.

3. O avanço em relação ao histórico esquecimento da vítima, ainda se mostra insuficiente para evitar a vitimização secundária, uma vez que, diante da excessiva preocupação do Estado em colher informações da prática do delito para punir o autor, carece de atenção os verdadeiros anseios das vítimas na solução do conflito. Esse é um dos principais argumentos para aprovação do Projeto de Lei n. 3890/2020 que institui o “Estatuto da Vítima”, ainda em

trâmite perante a Câmara dos Deputados, o qual pretende, com base no reconhecimento da dignidade das vítimas, implementar direitos para garantir o acesso efetivo e integrado aos serviços públicos essenciais.

4. O Estatuto de Roma é um marco na história de reconhecimento das vítimas, e como constituição de uma Corte permanente para julgamento de crimes internacionais de alta gravidade. Além disso, as vítimas ali superam o paradigma de atuação penal na qual são meros litigantes civis que buscam reparação, não deixando de reconhecer a importância do reparo civil. Agora, insere-se em seu conjunto de direitos o poder de argumentar e levantar pretensões autônomas no interior do procedimento. Sua participação é condição para a legitimidade de todo o processo e, ademais, é bem-vinda em razão de sua proximidade para com a situação de fato.

5. A orientação de uma política criminal voltada à valorização da vítima deve pressupor um modelo penal para o qual se atribua à reparação do dano também como uma função de sanção penal, promovendo o combate à despersonalização do conflito e à revitimização, sem, contudo, aderir aos discursos extremistas que promovem a ideia de que a melhor forma de garantir os direitos às vítimas seria restringindo dos direitos dos criminosos.

6. O princípio da dignidade da pessoa humana representa importante valor em nosso sistema jurídico, devendo, pois, ser interpretado como nossa norma fundamental. Assim, todas as demais normas jurídicas deverão respeitar primordialmente a dignidade humana, sob pena de invalidade.

7. Há uma relação de profunda conexão entre o Direito Penal e a Constituição Federal, devendo, pois, o bem jurídico penal ser apreciado em conformidade com os valores e princípios estabelecidos na Constituição, a qual funcionará como limite e fundamento do Direito Penal. Não há que se falar em crime quando não é possível identificar o bem jurídico protegido pela norma ou se esse bem não encontra fundamento de proteção no texto magno. Trata-se de elemento fundamental para limitação do poder punitivo do Estado.

8. Os mandados de criminalização assumem grande relevância no sistema jurídico penal, pois são mecanismos de fundamentação e legitimação do Direito Penal, indicando as matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas obrigatoriedade de tratar. Torna-se um instrumento essencial de que dispõe o constituinte para impor, ainda que por via do Direito Penal, políticas públicas voltadas ao respeito dos direitos

humanos, promovendo a tutela satisfatória de determinados bens jurídicos.

9. Os bens jurídicos penais difusos e coletivos devem receber uma tutela penal diferenciada daquela fornecida aos bens jurídicos individuais. Para tanto, é imprescindível a construção de um subsistema voltado à tutela penal desses bens jurídicos.

10. Defende-se que o processo penal também deve se preocupar em atender aos anseios sociais, buscando um equilíbrio entre o garantismo de acepção negativa – preocupado com a garantia dos direitos fundamentais do acusado -, e o garantismo social ou positivo, o qual não ignora a sociedade, personagem que inegavelmente interfere na relação entre o delinquente e o Estado, preocupando-se, conseqüentemente, com as vítimas.

11. O movimento vitimológico destacou a necessidade de implementação de programas político-criminais pensados para a vítima de crime, atendendo-se aos ideais de reparação e restauração da vítima real e determinada, que teve seu bem jurídico lesionado. Considera-se que a reparação do dano, obtida através de uma sanção alternativa à pena privativa de liberdade, viabiliza a restauração e a reconciliação das partes envolvidas no conflito penal, cooperando, assim, com a pacificação social. Nesse contexto, a justiça consensual, fundamentada num procedimento voluntário, de diálogo e valorização da vítima, mostra-se como uma tentativa de solução, no âmbito do processo penal, do problema da crise contemporânea do Direito Penal.

12. A justiça consensual surge com a finalidade de incluir as partes na resolução do conflito penal, possibilitando a flexibilização de procedimentos e sanções, pregando que um acordo alcançado entre as partes poderá significar a melhor solução para o conflito, ao contrário da imposição de uma pena abstratamente prevista. O consenso, já incorporado ao ordenamento jurídico processual penal brasileiro pelo disposto na Constituição Federal, art. 98, inciso I, significa para a vítima um notável reconhecimento dentro do modelo clássico de processo penal.

13. No âmbito filosófico e metodológico, relacionou-se o modelo consensual de justiça e a teoria do agir comunicativo desenvolvida por Jürgen Habermas, o qual sugere o resgate da racionalidade comunicativa partindo da premissa que o ser humano é capaz de comunicar desejos, intenções, percepções e expectativas através do diálogo. O agir comunicativo presume um falar ou atuar com o outro, sendo as atuações direcionadas para um entendimento e o discurso usado como método de expor seus interesses, possibilitando convencer o outro ou também ser convencido por ele, com a finalidade de se obter um consenso,

sendo que a interação social entre as partes é representada pela própria linguagem, havendo uma verdade transparente entre aquilo que se fala e o que se faz.

14. A mediação é a forma predileta de resolução de conflitos da chamada Justiça Restaurativa, a qual surge como modelo consensual pautado pela participação concreta da vítima na resolução dos conflitos penais, com o objetivo de que ela possa manifestar seus interesses, expressar seus sentimentos e demonstrar os verdadeiros danos suportados em razão do delito, visando atingir, por meio do diálogo com o acusado, a reparação e a responsabilização deste, sem que isso represente fatalmente a imposição de uma pena, sobretudo privativa de liberdade.

15. Para definir o atual perfil democrático do Ministério Público, a Constituição de 1988 declarou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, trazendo, ainda um amplo rol de declarações de direitos fundamentais, com ênfase especial à aplicabilidade imediata destes. Ressaltou as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), conferindo à Instituição ampla autonomia e independência em relação aos três poderes constituídos e que executa atividades típicas do exercício da soberania estatal.

16. Independência e autonomia funcionais não constituem privilégios pessoais, mas prerrogativas intrínsecas ao dever funcional, para cuja realização se destinam. Em síntese, o Ministério Público, em qualquer âmbito de atuação, sempre foi e será o representante da sociedade, opondo-se, de forma recorrente, ao Estado e enfrentando diariamente criminosos no poder. Para tanto, deve-se buscar diretrizes e instrumentos eficazes de atuação, que deverão pautar a eficiência de sua política criminal.

17. É preciso priorizar a autocomposição, para se alcançar a verdadeira resolutividade, sendo que a solução de um conflito só é reconhecida e efetivamente acatada como válida, pelos integrantes do conflito, quando contribuem para a construção da resposta penal.

18. Não há qualquer impedimento na utilização do consenso, uma vez que a discricionariedade empreendida na atividade consensual penal é desenvolvida dentro de limites impostos pelo legislador, assim, a oportunidade é uma variação da própria legalidade e, por essa razão, a definição, em lei, dos parâmetros de negociação concretiza uma obediência ao mito da obrigatoriedade extrema. O sistema dualista brasileiro, que decorre da coexistência dos

princípios da legalidade e da oportunidade, possibilita a ampliação dos canais de consenso no processo penal, em total compatibilidade com a ordem constitucional.

19. Propõe-se a coexistência harmônica dos dois tipos de processos: o contencioso e o consensual. Naquele, a instrução é necessária; nesse, a vontade das partes é homologada pelo órgão juiz, dispensando a dilação probatória. O Ministério Público passa a fazer um processo seletivo da litigiosidade penal, dentre dos casos permitidos em lei, ao passo que o réu, vê, na confissão, a possibilidade de submeter-se a uma sanção menos gravosa.

20. Dentro de um cenário de valorização do papel das partes, admitindo-se a ineficiência do Ministério Público criminal no que diz respeito à construção de políticas criminais de prevenção criminal e vitimária e a necessidade de mínima padronização, a jurimetria poderia ser utilizada como mecanismo de subsidiar uma atuação integrada, permitindo a correção dessa atuação deficiente por meio do mapeamento das taxas de vitimização, traçando perfil das vítimas, e até mesmo da apuração das taxas de subnotificação, de modo a possibilitar o desenvolvimento de políticas públicas e programas preventivos pautados em dados empíricos destinadas ao impedimento da vitimização difusa e individual, bem como do rompimento do ciclo da vitimização repetitiva.

21. O acordo de não persecução penal consiste em um negócio jurídico celebrado entre o Estado, representado pelo Ministério Público, e o imputado, devidamente assistido pela defesa técnica, na fase de investigação de um ilícito penal, o qual necessariamente será homologado pelo juiz, em que há concessões recíprocas, onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal, abdicando à persecução criminal, e pugnando pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.

22. É fundamental o estabelecimento de parâmetros e metas para aferir a eficiência e o papel do Ministério Público na diminuição das taxas da criminalidade, seja com a implantação de laboratórios de jurimetria, seja na atuação na forma de agências atentando para a disfunção social, orientados pelo princípio da interdependência funcional.

23. Com base nos critérios que orientam a negociação de sentença criminal nos Estados Unidos, para formulação da proposta de acordo o Ministério Público deve considerar os seguintes parâmetros: o interesse do autor em colaborar naquilo que se investiga contra

outras pessoas; antecedentes criminais do autor e seu eventual arrependimento sobre o fato; a reprovabilidade do fato praticado em si e o interesse do autor em ver-se responsável por ele; a importância da resolução célere do conflito penal de acordo com o interesse público; a probabilidade de juízo condenatório ao final do processo; os custos envolvidos para instaurar o regular processo penal e os interesses e necessidades da vítima.

24. A atuação do Ministério Público encontra limitação nos mandados de criminalização que protege bens jurídicos relevantes, pois nessas hipóteses o legislador já apontou que, embora o poder seja discricionário, a solução exige imposição de pena privativa de liberdade, podendo ser negociado o seu *quantum*, mas não a espécie de pena aplicável.

25. Tem-se o denominado poder discricionário vinculado, pois a imposição da pena privativa de liberdade é a única opção autorizada pelo legislador constitucional. Desse modo, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), ao concretizar mandados constitucionais explícitos de criminalização, apresenta rol, pelo qual o titular da ação penal deve perseguir como resposta penal primária a punição do ofensor, razão pela qual as funções preventivas, reparadoras e restauradoras da norma penal são deixadas em segundo plano, justamente pela relevância dos bens jurídicos protegidos pela lei.

26. É fundamental prever a participação da vítima como uma condição para a formalização do acordo, considerando a importância do momento. Assim, em respeito àquele que foi a vítima do delito, deve o Ministério Público convidá-la para um diálogo, oportunidade em que poderá avaliar as consequências do crime na visão de quem sofreu a lesão, os danos perpetrados, o valor a ser restituído ou reparado, comunicando-lhe, inclusive, a pretensão de negociar com o investigado. Atente-se que, não há obrigatoriedade, mas é importante essa preocupação do Ministério Público com a vítima, explicando-lhe minimamente as providências que serão adotadas pelo órgão.

27. A cognição dos direitos e garantias constitucionais do investigado deve ser analisada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento de todos os fins constitucionais do processo penal. É possível o não-exercício de direito fundamental, nos termos do que a Constituição Federal estabelece, tratando-se da liberdade de manifestação daquilo que o direito confere ao seu titular. Ou seja, não existe qualquer normativa que obrigue o acusado a utilizar seus direitos processualmente garantidos.

28. Na celebração dos acordos consensuais, há manifesta limitação do amplo

contraditório, em especial na impossibilidade de produção de provas e ceifando o direito ao silêncio. Não obstante, não há coação, mas sim coerção a assunção de culpa na busca de uma política premial e, se o consentimento foi livre e a anuência ao consenso for benéfica ao acusado, não haverá impedimento à celebração do acordo, pois é o réu, juntamente com sua defesa técnica, que poderá analisar os benefícios e as desvantagens da aplicação imediata da “pena”. A ordem jurídica deve acatar a autodeterminação do indivíduo, além do que as políticas criminais premiais geralmente implicam na imposição de sanções menos graves.

29. Não existe ofensa aos princípios da presunção de inocência, do direito ao silêncio ou *nemo tenetur* na imposição, ao réu, de confissão, para gozo dos acordos de não persecução. A defesa renuncia a esses direitos constitucionalmente previstos, confessando o investigado espontaneamente os fatos, na busca pelo prêmio correspondente (sanção menos severa), o que entende ser mais vantajoso em sua esfera de direitos.

30. Como um instrumento de promoção aos interesses da vítima, o acordo de não persecução penal é uma oportunidade de interlocução com as práticas restaurativas, criando conjecturas de mudanças de paradigmas do Estado em relação às vítimas e autores das ofensas, proporcionando uma solução de autocomposição e integração à resposta penal, nos termos da Resolução CNMP nº 118/2014 e a Resolução CNJ nº 288/2019, a qual buscar concretizar medidas “alternativas penais com enfoque restaurativo”, buscando um caminho visando à resolutividade, derivado do princípio constitucional da eficiência.

31. Com a criação de espaços abertos ao diálogo, o ANPP passa a ressignificar o papel da vítima, tornando-a protagonista do sistema de justiça criminal, juntamente com o autor da ofensa e o Ministério Público, mediante a construção compartilhada da melhor solução para o caso. As práticas restaurativas são adequadas para fornecer um ambiente seguro e democrático, no qual a discussão e eventual consenso quanto à reparação de danos poderão ser instrumentalizados pelo ANPP. Destaca-se que o acordo penal é algo diferente da mediação penal, mas que pode ser um momento oportuno para um diálogo, direto ou indireto, entre autor e vítima.

32. Ainda que frustrada a composição entre as partes, promove-se o acolhimento dos indivíduos pelo sistema penal, permitindo que todos àqueles envolvidos no conflito penal sejam ouvidos e participem do processo de decisão. Apenas uma escuta qualificada dos envolvidos pode revelar os reais sentimentos e necessidades das partes, sendo que um diálogo colaborativo

permite a elaboração de soluções criativas, às vezes alheias ao caráter exclusivamente econômico.

33. Em que pese a natureza jurídica diversa, a conjugação do acordo de não persecução penal com as práticas restaurativas é uma medida plenamente possível e indicada, considerando, ainda, as políticas de incentivo à autocomposição no sistema de justiça. Esta interlocução poderá favorecer uma atuação realmente resolutive do Ministério Público, promovendo a paz social, compreendendo as causas e consequências do delito, beneficiando, ainda, a devida reintegração social do autor do delito, honrando sua dignidade, como alguém capaz de reparar o que fez e ter seus vínculos restaurados com o Estado e com a sociedade.

34. Essa aproximação entre sociedade e Estado é indispensável para se construir uma nova visão de justiça, baseada no modelo de solução pacífica de controvérsias, que atende aos objetivos fundamentais da República, previstos na Constituição Federal.

Por fim, registradas algumas preocupações e eventuais soluções, aguarda-se o aperfeiçoamento do emprego desse instituto tão vantajoso da justiça consensual, visando uma prestação jurisdicional mais justa e célere, amparada pelos princípios constitucionais, que permitirá, ainda, a concentração de tempo e recurso dos operadores do direito no combate à criminalidade mais grave. Além disso, e mais importante, permitirá maior espaço para tutela processual da vítima, ressignificada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que assume verdadeiramente um papel de sujeito de direitos também no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. Editora Malheiros. 2011.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal**. *In*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º 4, 2008.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A. Brasil: Almedina, 2007.

ALEXY, Robert. **Principais Elementos de uma Teoria Dupla Natureza do Direito**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. v.253, 2010.

ALLINNE, Jean Pierre. **Les victimes**: des oubliées de l'histoire du droit. R. CARIO, et D. SALAS (Dir.), Œuvre de justice et victimes, 2001.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

ALVES, Jamil Chaim. **Justiça consensual e plea bargaining**. *In*: Cunha, Rogério Sanches et al. (Coord.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**: Parte Geral. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; ARRUDA, Karol. **Pacote anticrime comentado**, Salvador: JusPodivm, 2020.

ALVES, Paulo Vitor de Queirós. **A validade da confissão nos acordos sobre a sentença em processo penal**. 2012/2013. 31f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Lisboa, Lisboa, 2013.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. (Trad.). Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 1980.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consenso e oportunidade**. *In*: Jornadas de direito processual: o novo código de processo penal. Lisboa: C.E.J, 1989.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além

da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARANTES, Francine Nunes. **Justiça Consensual e Eficiência do Processo Penal**. Lisboa: Universidade de Lisboa. (Dissertação de Mestrado), 2015.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1990.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no MP**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA, Eloisa de Souza; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público e a efetivação dos Direitos Humanos**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe). v. 9, n. 2, 2021.

ARRUDA, Eloisa de Sousa. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**. 2008. 458 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

ARRUDA, Eloísa de Souza; JOÃO, Camila Ungar. **A Justiça Restaurativa e sua implantação no Brasil**. Revista da Defensoria Pública da União. n. 7, jan/dez 2014.

ARRUDA, Eloisa de Sousa; PEREIRA, Flavio Leão B. (Orgs.). **1948/2018: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Imprensa Oficial, São Paulo, 2019.

AQUINO, Tomás de. **Os pensadores**. (Trad.). Alexandre Correa. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v.1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Renovar. 2002.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIVC, Jefson. **Constitucionalidade do acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, R.S. et al. Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo

Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The legislative history of the International Criminal Court**. NY: Transnational publishers, 2005.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência**. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**. v. I. Lisboa: Edições 70, 1990.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. (Trad.). Nélon Jahr Garcia. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Tão próximos, tão distantes: a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade**. 2009. 143 f. Tese de Doutorado. Dissertação (doutorado) -Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: Racial disparities in plea-bargaining. **BCL Rev.**, v. 59, 2018.

BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Brasília. Editora UnB, 2000.

BINDING, Karl. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Leipzig: Duncker & Humblot, 1833, p. 169 apud Von Liszt, Franz. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. In: Von Liszt, Franz. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**. Berlin: Walter de Gruyter, 1905.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito**. (Trad.). José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F Editorial, 2010.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Versão portuguesa do original do italiano Diritto Penale (Parte Generale). Campinas, Red Livros, 2000.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Campinas: Red Livros, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juará, 2016.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- BRYAN, A. Garner, editor. **Black's Law Dictionary**, ver. 9th ed. St. Paul, Minn: West, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (Trad.). Carlos Nelson Coutinho. 7 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. 3. ed. Editora Aide, 2002.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. **El Ministerio Público y la justicia negociada em los Estados Unidos de Norteamérica**. Granada: Comares, 1996.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.
- CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientada para a vítima do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil**: O Conflito

entre Punir e Libertar, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres**. Histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CHEMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure 2008**: Case and Statutory Supplement. Aspen: Aspen Pub, 2008.

CHRISTIE, Nils. **Los conflictos como penitencia**. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros. 15. ed. 1999.

CLUNY, Antônio. **Pensar o Ministério Público Hoje**, Lisboa, Cosmos, 1997.

CONGRESSO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. IV Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo / [organização] Escola Superior do Ministério Público. São Paulo: APMP, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORRERA, Marcelo Carita. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**: Viabilidade – Efetividade - Tutela por Outros Ramos do Direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Verdade Material e Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, n. 678, 1992.

COSTA, Eduardo Maia. **Justiça negociada**: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. Julgar, Coimbra: Ed. Coimbra, v. 19, jan/abr, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais**. In: Escritos de Direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo (organizador: WUNDERLICH, Alexandre). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. Constituição e Crime: **Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1995.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DAHM, Georg, et al. ¿ **Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?**?. Ediar, 2011.

DAVID, René. Os **grandes sistemas do direito contemporâneo**. (Trad.). Hermínio A. Carvalho. (Coleção justiça e direito) 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Juizados Especiais Criminais** – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal**, São Paulo, Verbatim, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Colaboração Premiada e a Lei das Organizações Criminosas**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 09, 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público Brasileiro**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 11, 2017.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Jurimetria e Inteligência Artificial como ferramentas para uma política Criminal mais eficiente**. In:

Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. 1.ed. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**, São Paulo: RT, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do CPP. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 2, p. 199-213, 1998

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordo sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima: Ara Editores, 2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Pec dos recursos e presunção de inocência**. Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, n.64, p. 25, set. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Editora Malheiros, 2002.

ESER, Albin. **Acerca del renacimiento de la víctima em el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales**. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima**. Justitia. São Paulo, v. 53, n. 156, p. 30, out/dez 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício

Zanoide de. (Coord.). **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal.** In: Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaén; PÉREZ, Ángel Luis Perrino. **La Víctima en la Justicia Penal:** El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. Madrid: Dykinson, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. (Trad.). Ana Paula Zomes; Fauzi Hassan; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Carolina Costa. As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, 2010.

FERSTMAN, Carla. **Reparation regime of the International Criminal Court.** Leiden Journal of International Law. Leiden, n. 15, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania.** Tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FISHER, George. Plea bargaining's triumph. **Yale LJ**, v. 109, 1999.

FLORES, Andréa. LOPES, Jodascil Gonçalves. **Manual de Direito Penal.** Saraiva: São Paulo, 2015.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e Punir.** (Trad.). Raquel Ramallete, 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro, Forense, 1977.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes.** 2001. 239 f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 2001.

FRONDIZI, Román Julio; DAUDET, María Gabriela S. **Garantías y eficiencia en la prueba**

penal. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 2000;

FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. 256f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos Sistemas civil law e common law**: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas, 2009.

GALLAS, Wilhelm. **La estructura del concepto di illecito penale**. (Trad.). Francesco Angioni. Rivista di Diritto e Procedura Penale, 1982.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. vol. 1, t. I e II, São Paulo: Max Limonad, 1975.

GARCIA, Basileu. **Dos crimes contra a administração pública**.v.08, Revista de Direito Administrativo, 1947.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. Editora Lumen Juris. 2005.

GARCIA, Nicolás Rodrigues. **Análisis de la nueva regulación del principio del consenso em el procedimiento abreviado español**. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al (Org.). Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra. Coimbra Editora, 2003.

GARCIA, Nicolás Rodrigues. **La justicia penal negociada** – experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARLAND, David. **The Culture of Control**: crime and social order in contemporary society, Chicago: The University of Chicago, 2001.

GARNOT, Benoît. **Les victimes pendant l’Ancien Régime**. In: CARIO, Robert; SALAS, Denis. OEuvre de justice et victimes. v.02. Paris: L’Harmattan, 2001.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade, e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOLDSTEIN, Abraham Samuel. **Passive Judiciary**: prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1981.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y Derecho penal**: culpabilidad y pena em uma teoria constructivista del Derecho penal. Granada, Comares, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Coleção Ciências Criminais, vol. atual e ampliado. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003

GOMES FILHO, Dermerval Farias. **Dogmática Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GOMES FILHO, Dermerval Farias Gomes. **Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo** (4.: 2018: Santos, SP) IV Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo / [organização] Escola Superior do Ministério Público. -- São Paulo: APMP, 2019.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. **Teoria da ação comunicativa de Habermas**: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. Educação & Sociedade, Campinas, ano 20, n. 66, abr. 1999.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Revista 20, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro: 2002.

- GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária**. n. 18, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade** – Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1998.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Editora Fórum, 2011.
- HASSEMER, Winfried, “**Crítica al Derecho Penal de Hoy**”, Bogotá: Universidad de Colombia, 1998.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. (Trad.). Pablo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.
- HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivahy. Ônus da prova no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, 2003.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline B. de. Penas perdidas. **O sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, Tomo 1º, 1955.
- HUNGRIA, Hoffbauer, Nelson, **Comentário ao Código Penal**, vol. I, tomos V, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 206.

HOBBS, Thomas. **Os Pensadores**. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

IULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento especial**: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). Justiça restaurativa. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría da imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal. (Trad.). Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. vol. 48. 1996.

JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação Penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3.ed. São Paulo: Forense, 1998,

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade**. Editora Forense. 4. ed, 2001.

JESCHECK, H. **Tratado de Derecho Penal**. P.G. Trad. Mir Puig e Munõz Conde. Barcelona, Bosch, v.1.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal**. 2002. Disponível em: <http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20030711152749.pdf>. Acesso em: 19 set.2021.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUNIOR, Miguel Reale. **Teoria do Delito**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. **O sistema alemão**. In: DELMAS-MARTY Marielle (Org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In: HOBBS, Thomas. Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**, São Paulo: RT, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais**. Doutrinas Essenciais Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

KOSS, Mary. et al. **Resposta da comunidade: ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais pela colaboração da advocacia, da promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa restore**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). Justiça restaurativa. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005.

LANGBEIN, John Harriss. **Torture and plea bargaining**. University of Chicago Law Review, v. 46, 1978.

LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 19–115, jul./dez. 2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. **A vítima e o processo penal**. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Coord.). Temas de vitimologia II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. (Trad.). Luis Jimenez de Asua. Madrid, Editora Reus S.A., 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Lumen Juris, 2003.

LOPES JR, Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. Revista Ibero Americana de Ciências Penais, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad: de la Unidad a la Diferencia**. Madri: Trotta, Edição e Tradução: Jostxo Berian e José María García Blanco, 1998.

LYRA, Roberto. **Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Leya, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**, Curitiba: Juruá, 2014.

MAISONNAVE, Germán Allex. Derecho victimal. **Revista Ibero-America de Ciências Penais**, Porto Alegre, v.2, n.3, p. 103-111, mai./ago. 2001.

MALVIDO, Maria de La Luz Lima. **Derecho Victimal**. In: MARCHIORI, Hilda. (Coord.). La víctima desde una perspectiva criminológica: asistencia victmológica. Córdoba. Editora Universitária Integral, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – Conceito e Legitimação para Agir**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1994.

MANZANERA, Luis Rodríguez. **Victimología: estudio de la víctima**. 12. ed. México: Porrúa, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. 1965.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Processo Penal**. v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 1956.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **A reforma atordoada: ineficiência, verticalização do ato decisório e desprezo ao direito de ser parte nos novos procedimentos penais**. In: Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (Coord.). Vladimir Oliveira da Silveira, Orides Mezzaroba, Mônica Bonetti Couto, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches). Curitiba: Clássica, 2013.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2008.

MARTINS, José Salgado. **Direito penal: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da Vitima**. Curitiba: Juruá, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MCCOLD, Paul. **Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model**. Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Leuven (Bélgica): Outubro 24-27, 1999.

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. **Jury Trials and Plea Bargaining**. Oxford: Hart, 2005.

MELO, Eduardo Rezende. **Justiça restaurativa e seus desafios histórico – culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva** *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério Público: PNUD, 2005.

MELLO, **Lydio Machado Bandeira de**. *O criminoso, o crime e a pena*. Belo Horizonte: Prisma, 1970.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDELSON, Benjamín. **Tipologias**. Centro de Difusion de la Victimologia. Disponível em: <https://www.angelfire.com/ar/fmuraro/mendelsohn.htm>. Acesso em: 31 maio. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. *Revista Jurídica Consulex*, v. 18, n. 407, jan. 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A reforma do Código de Processo Penal sob a ótica do garantismo penal integral**. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e*

- aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.
- MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MEZGER, Edmund. **Derecho penal: libro de estudio**. Parte general. I. Olejnik, 2019.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**, São Paulo: Atlas, 1997.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais - Tomo IV**. 5 ed, Coimbra Editora. 2014.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974.
- MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia: uma introdução e seus fundamentos teóricos**. (Trad.). Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2020.
- MORAES, Alexandre de.; SMANIO, Gianpaolo. Poggio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. Revista Jurídica ESMP-SP. V.5, 2014.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.
- MORAN, Fabiola. **Ingerência Penal & proteção integral à vítima**. São Paulo: D'Plácido, 2020.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**, São Paulo: Renovar, 2003.
- MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato

Sócrates Gomes. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005.

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo** – Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4ª ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

MULAS, Nieves Sanz. **El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI**: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 106, p. 115-152, abr. 2012.

NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. **Revista Jurídica Visão Jurídica**, São Paulo, v. 01, n.54, p. 94-95, out. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais**. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). *Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. São Paulo: RT, 2020.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Bauru: Edipro, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

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

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

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. **Mandados de Criminalização decorrentes de Tratados de Direitos Humanos**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2011.

PASTOR, Pablo José Cuesta. **Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico**. 1999. Tese de Doutorado. Universitat de València.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais: Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Raízes Histórico-Comparadas do Acordo de Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: o papel das partes**. 39f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia: evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: PNUD, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil. Revista Paradigma**, n. 19, 2010.

PIOVESAN Flávia. **Temas de Direito Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLAINO NAVARRETE, M. **El Bien Jurídico en el Derecho Penal**. Sevilla: Anales de la Universidad Hispalense/Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

PONTE, Antônio Carlos da. **O “Habeas Corpus” como instrumento garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais*. Coord. Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo, Saraiva, 2008.

PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTE, Antônio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público Brasileiro e a Justiça Consensual**. Foro, Nueva época, vol. 22, núm. 1, 2019.

PONTI, Gianluigi. **A vítima: Uma dívida a ser paga**. In: ZORNER, Ana Paula. (Org.). *Ensaio Criminológicos*. Trad. Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Justiça restaurativa, cidadania e políticas públicas segundo a teoria da ação comunicativa**. Porto Alegre, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Iuris. 3.ed, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. I. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luís Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. **La política criminal en Europa**. Atelier, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas. 2013.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Introducción al Derecho Penal**. 3. ed. Bogotá, Temis, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem**. [s.l.]: Beck, 1999.

REIS JÚNIOR, Almir Santos. **Constituição e Crime**. In: PONTE, Antônio Carlos da (Coordenação); CASTRO, Wellington Clair de (Org.). **Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1

RIVAS, Natalia Pérez. **Los derechos de la víctima en el sistema penal español**. Tirant lo Blanch, 2017.

ROBERT, Cinthia Robert; SEGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

ROCHE, Declan. **Retribution and restorative justice**. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Ed.). Handbook of restorative justice. Cullompton: Willan Publishing, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, n. 4, 1996.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal**. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). Criminologias e política criminal I. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. 2. ed. São Paulo: Ágora, 2006.

ROXIN, Claus. **Pena y reparacion**. ADPCP, V. LIII, 1999.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. **Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid, Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. La reparación no sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor**. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. En busca del Derecho Penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2015.

SARCEDO, Leandro. **Política criminal e crimes econômicos**. Uma crítica constitucional. São Paulo: Alameda, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Perspectivas (re) legitimadoras. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SCHAFFSTEIN, Friedrich; DEVESA, José Maria Rodriguez. **La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo**. Instituto de estudios políticos, 1957.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. (Trad.). Beatriz Henning. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SICA, Leonardo, *Justiça restaurativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SALAS, Denis. **La volonté de punir**: essai sur le populisme penal, Paris: Hachette, 2005.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SAMPEDRO ARRUBLA, Júlio Andrés. **Por la humanización del proceso penal**. In: MESSUTI, Ana. (Coord.). Perspectivas criminológicas em el umbral del tercer milênio. Montevideú: Fundaciona de cultura universitária, 1998.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SANTOS, Celeste Leite Dos. **Mediação penal e violência de gênero no brasil**: uma experiência necessária. REVISTA JURÍDICA ESMP-SP, V.15, 2019.

SANTOS, Celeste Leite Dos. **Injusto Penal e os Direitos da Vítima de Crimes**. São Paulo: Juruá, 2020.

SERRANO MASIP, Mercedes. **Medidas de proteccion de las victimas**. In: HOYOS SANCHO, Montserrat (Coord). La victima del delito y las últimas reformas procesales penales. Navarra: Thomas reuterer Aranzadi, 2017.

SCHABAS, William. **An introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. **A posição da vítima no sistema de justiça penal: um modelo de três colunas**. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação Penal Pública: princípio da oportunidade regrada**. Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, pp. 84-94, abr./jun., 1998.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de Proximidade: Restorative Justice**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Mediação e conciliação, produtividade e qualidade**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 34, n. 123, ago, 2014.

SILVA, De Plácido e **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Cia Editora Forense, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supraindividuais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Renee do Ó. (Org.). **Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

STAHN, Carsten; OLÁSOLO, Héctor; GIBSON, Kate. Participation of victims in pre-trial proceedings of the ICC. **Journal of International Criminal Justice**, v. 4, n. 2, p. 219-238, 2006.

STRATEGIES FOR TRAUMA AWARENESS AND RESILIENCE (STAR). **Level I training**. Harrisonburg: Eastern Mennonite University, SPI 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, v. 80, 2004.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. **Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial**. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 1, 2016.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil**. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee de Ó; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). Projeto de lei anticrime. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, **La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas**. In: BACA BALDONERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (Coords.). Manual de victimologia. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 5. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

TAVARES, Juarez. **Mito e ideologia: objetos não manifestos do sistema penal**. Conferência proferida nas jornadas de Direito e Psicanálise da UFPR. Curitiba, 10 de junho de 2010. In: Direito e Psicanálise, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOLEDO, Franciso de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

TOMAZINI, Andressa. (Org.). **Ciências criminais: uma introdução**. Florianópolis, SC. Tirant Lo Blanch, 2018.

TORNAGHI, Helio Bastos. **Curso de Processo Penal**. Saraiva. 1997.

TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.

TORRES, Sergio Gabriel. **Derecho Penal de emergencia**. 2007. Tese de Doutorado. USAL.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.4. São Paulo, Saraiva, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais. 2004.

TURESSI. Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos**. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VARGAS, Heber Soares. **Periculosidade Vitimal**. In. Vitimologia em Debate. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada**, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WALGRAVE, Lode. **Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice**. Washington University Journal of Laws & Policy. Washington: v. 36. Restorative Justice, n. 91, 2011.

WEBER, Thadeu. **Pessoa e Autonomia na filosofia de Hegel**. In: Revista Veritas, v. 55, nº 3, set./dez. 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. 11 ed. Trad. Bustos Ramirez/S. Yáñez Perez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WIEVIORKA, Michel. **La violence**. Paris: Hachette, 2005.

WUNDERLICH, Alexandre. **A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da lei 9.099/95)**. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de; ROSA, Alexandre morais da. Novos Diálogos sobre juizados especiais criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice**. Unigraphics, 2002.

ZIPF, H. **Introducción a la política criminal**. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaén: Edersa, 1979.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.688**, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

BRASIL. **Lei nº 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

BRASIL. **Lei nº 9.807**, de 13 de junho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência às Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

BRASIL. **Lei nº 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.503**, de 10 de maio de 2004. Define os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamenta o art. 245 da Constituição Federal.

BRASIL. **Decreto nº 5.017**, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal.

BRASIL. **Lei nº 11.313**, de 28 de junho de 2006. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 11.690**, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 11.719**, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 156**, de 01 de maio de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045**, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal.

BRASIL. **Lei nº 13.431/17**, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

BRASIL. **Lei nº 13.546**, de 19 de dezembro de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores.

BRASIL. **Lei nº 13.964/19**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.242**, de 22 de novembro de 2019. Dispõe sobre a construção de passagens para a fauna nas rodovias paulistas.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3890**, de 21 de julho de 2020. Institui o Estatuto da Vítima.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3980**, de 29 de julho de 2020. Fica estabelecido a todos os municípios brasileiros a obrigatoriedade da coleta seletiva de lixo, na exata proporção da coleta atualmente realizada.

BRASIL. CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 154**, de 13/07/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/58>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225**, 31/05/2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 253**, de 04/09/2018. Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2668>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 288**, de 25/06/2019. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2957>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução CNMP nº 118**, de 01/12/2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº**

181, 07/08/2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 183**, 24/01/2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 201**, de 4 de novembro de 2019. Altera as Resoluções nº 129/2015 e nº 181/2017, ambas do CNMP, com o objetivo de adequá-las às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente à decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-n-201.pdf>. Acesso em 25 dez. 2020.

BRASIL. CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade**. Brasília: Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público, 2019. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/dezembro/Guia_Prático_de_Atuação_d_o_MP_na_Proteção_às_Vítimas_de_Criminalidade_digital.pdf. Acesso em 20 nov. 2021.

CIDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela Corte no seu XLIX período ordinário de sessões celebrado do dia 16 a 25 de novembro de 2000 e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI período ordinário de sessões celebrado do dia 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ESPAÑA. **Ley nº 4**, de 27 de abril de 2015. Estatuto de la víctima del delito. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/1/2015/04/27/4/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

ESPAÑA. **Ley nº 35**, de 11 de dezembro de 1995. De ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-26714>. Acesso em: 10 ago. 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 78**, de 17 de fevereiro de 1987. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei nº 16489, de 15 de fevereiro de 1929. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/search/662562/details/normal?p_p_auth=YWyEsx9T. Acesso em: 10 jun. 2021.

PORTUGAL. **Lei nº 104**, de 14 de setembro de 2009. Aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica. Disponível em:

<https://dre.pt/pesquisa/-/search/489757/details/maximized>. Acesso em: 10 jun. 2021.

PORTUGAL. **Lei nº 130**, de 04 de setembro de 2015. Estatuto da Vítima. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2394&pagina=1&ficha=1. Acesso em: 10 jun. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

ONU. **Resolução nº 40/34**, de 29 de novembro de 1985. Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas de criminalidade e abuso de poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrincBasJustVitCriAbuPod.html>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ONU. **Resolução nº 60/147**, de 16 de dezembro de 2005. Estabelece os princípios e diretrizes básicas das Nações Unidas sobre o direito das vítimas de violações e das normas internacionais de direitos humanos e do direito internacional humanitário de interpor recursos e obter reparações. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/60/147>. Acesso em: 25 ago. 2021.

UE. **Diretiva nº 2012/29/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32012L0029>. Acesso em: 18 set. 2021.