

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado Acadêmico em Direito

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA
RESTAURATIVA: É POSSÍVEL UMA ATUAÇÃO CONJUNTA?**

CLAYTON KORB JARCZEWSKI JÚNIOR

UBERLÂNDIA/MG
2022

CLAYTON KORB JARCZEWSKI JÚNIOR

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA
RESTAURATIVA: É POSSÍVEL UMA ATUAÇÃO CONJUNTA?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Linha de Pesquisa 1: Tutela Jurídica e Políticas Públicas.

UBERLÂNDIA/MG
2022

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

J37
2022 Jarczewski Júnior, Clayton Korb, 1996-
 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA
 [recurso eletrônico] : É POSSÍVEL UMA ATUAÇÃO CONJUNTA?
 / Clayton Korb Jarczewski Júnior. - 2022.

 Orientador: Helvécio Damis de Oliveira Cunha.
 Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.
 Modo de acesso: Internet.
 Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2022.481>
 Inclui bibliografia.
 Inclui ilustrações.

 1. Direito. I. Cunha, Helvécio Damis de Oliveira,
1975-, (Orient.). II. Universidade Federal de
Uberlândia. Pós-graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:
Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091
Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em
Direito

Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica,
Uberlândia-MG, CEP 38400-902

Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 172, PPGDI				
Data:	Trinta de setembro de dois mil e vinte e dois	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	12012DIR007				
Nome do Discente:	Clayton Korb Jarczewski Júnior				
Título do Trabalho:	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA: É POSSÍVEL UMA ATUAÇÃO CONJUNTA?				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Tutelas da Liberdade				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoras/es: Tarsis Barreto Oliveira - UFT; Beatriz Corrêa Camargo - UFU; e Helvécio Damis de Oliveira Cunha - UFU - orientador do candidato.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato, agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, às/aos examinadoras/es, que passaram a arguir o candidato. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o candidato:

Aprovado.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as/os examinadoras/es e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser

divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas/os examinadoras/es e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pelo discente.



Documento assinado eletronicamente por **Helvecio Damis de Oliveira Cunha, Professor(a) do Magistério Superior**, em 04/10/2022, às 20:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Correa Camargo, Professor(a) do Magistério Superior**, em 10/10/2022, às 14:10, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Tarsis Barreto Oliveira, Usuário Externo**, em 28/10/2022, às 20:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **CLAYTON KORB JARCZEWSKI JUNIOR, Usuário Externo**, em 03/11/2022, às 18:05, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3967520** e o código CRC **B817F998**.

A Deus, por estar sempre ao meu lado,
iluminando meus passos e auxiliando-me na
tomada de decisões.

À minha mãe, Alessandra, e ao meu pai,
Clayton, que sempre me indicaram o caminho do
bem e da honestidade, e muito se orgulham
desse momento.

À Luísa, meu amor, que me incentivou
incondicionalmente a realizar este trabalho e
pelo apoio em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter permitido concluir este trabalho jurídico. Sem a presença do Senhor, nada me é possível.

Muitos foram aqueles que, de forma direta ou indireta, colaboraram para o surgimento e aperfeiçoamento do presente trabalho. Uma obra não começa nem termina sem o incentivo de muitas pessoas. Por isso, agradeço ao meu orientador Prof. Helvécio Damis de Oliveira Cunha pela serenidade e sabedoria na orientação, que me encorajou a realizar essa pesquisa e sempre se mostrou disposto ao bom debate.

Da Universidade Federal de Uberlândia, agradeço aos meus colegas da décima segunda turma, em especial às amigas Aline Moura, Amanda Andrade, Ana Maria Muniz, Fernanda Paiva, Isadora Machado e Renata Pimenta e aos amigos André Prudente, Fábio Rosa, Matheus Dias, Márcio Moreira e Pedro Ferreira pelo apoio e pela convivência agradável e fraterna durante estes anos.

Da mesma forma, agradeço aos professores e servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, na pessoa do querido Professor Alexandre Walmott, pela presteza com que sempre me atenderam nas mais diversas solicitações durante minha jornada acadêmica. Igualmente, agradeço à Professora Maria Paula Bertran pela calorosa acolhida com que fui recebido na Universidade de São Paulo – *Campus Ribeirão Preto*.

Por fim, do Ministério Público Federal, meu muito obrigado às notáveis pessoas com quem tive a honra e a felicidade de trabalhar nos últimos anos, especialmente aos procuradores da República Onésio Soares Amaral e Leonardo Andrade Macedo, em razão do incentivo na busca da carreira acadêmica e dos ensinamentos transmitidos que em muito contribuíram para o meu aperfeiçoamento como profissional.

Qualquer coisa que você ensina a uma pessoa sábia torna-a mais sábia ainda.

E tudo o que você diz a uma pessoa direita aumenta a sabedoria dela. Para ser sábio, é preciso temer a Deus, o Senhor.

Se você conhece o Deus Santo, então você tem compreensão das coisas.

Provérbios 9:9-11.

RESUMO

De início, destaca-se que o presente trabalho primou pela análise dos desafios impostos pelo atual ordenamento jurídico no que se refere à expansão do Direito Penal e à crise causada em decorrência disso, seja do congestionamento processual até a *suposta* falta de legitimação do Direito Penal, principalmente, sob a ótica de como as “medidas consensuais na persecução penal”, em especial, se o Acordo de Não Persecução Penal, caso seja interpretado à luz dos princípios e métodos da Justiça Restaurativa, poderá (re)significar o estudo/análise do crime e do criminoso e do respectivo processo de criminalização. Desta forma, o problema central consiste na verificação, com relação aos crimes típicos de um Direito Penal de segunda velocidade, quanto à possibilidade em se utilizar do Acordo de Não Persecução Penal enquanto porta de entrada da Justiça Restaurativa, na busca da completa pacificação social, haja vista: (i) a inversão da lógica de responsabilização passiva do autor do fato para a responsabilização ativa deste e (ii) como o Acordo de Não Persecução Penal pode ser um meio de efetiva promoção dos direitos das vítimas. Ou seja, é possível que o Acordo de Não Persecução Penal – a partir do diálogo e do consenso, assim como dos valores restaurativos – rompa com a lógica tradicional e promova a efetiva responsabilização do autor do fato e a devida reparação da vítima? Para tanto, esta análise valeu-se de pesquisa teórica, revisão bibliográfica e raciocínio dedutivo, intentando realizar uma abordagem dialética e qualitativa, não limitada aos estatutos legais, mas incluindo manifestações doutrinárias e decisões dos Tribunais, partindo-se de uma análise sistemática de que o processo com a efetiva participação dos envolvidos na resolução do conflito, com legitimação do consenso, não viola nenhum direito fundamental, mas, inclusive, permite a recuperação do próprio sistema de justiça, sem uma desnecessária marcha processual. Ao final, faz-se uma breve análise sobre como a Subseção Judiciária de Uberaba/MG tem utilizado os referidos instrumentos processuais no tratamento dos referidos conflitos de uma forma mais humanizada, como respeito absoluto aos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana, postulados básicos do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Processo Penal. Velocidades do Direito Penal. Justiça Restaurativa. Resolução de conflitos. Responsabilização ativa.

ABSTRACT

In the first place, it is noteworthy that the present work excelled in analyzing the challenges imposed by the current legal system with regard to the expansion of Criminal Law and the crisis caused as a result, whether from procedural congestion to the alleged lack of legitimacy of Criminal Law, mainly from the perspective of how the "consensual measures in criminal prosecution", especially if the *Acordo de Não Persecução Penal*, if interpreted in the light of the principles and methods of Restorative Justice, can (re)signify the study/analysis of crime and the criminal and the respective criminalization process. In this way, the central problem consists of verifying, in relation to the typical crimes of a second speed Criminal Law, regarding the possibility of using the Criminal Non-Persecution Agreement as a gateway to Restorative Justice, in the search for complete social pacification, in view of: (i) the inversion of the logic of passive criminal liability of the author of the fact to the active criminal liability of them; and (ii) how the *Acordo de Não Persecução Penal* can be a means of effectively promoting the rights of victims. In other words, is it possible that the Non-Persecution Agreement – based on dialogue and consensus, as well as restorative values – breaks with traditional logic and promotes effective accountability of the perpetrator of the act and due reparation to the victim? Therefore, this analysis made use of theoretical research, bibliographic review and deductive reasoning, trying to carry out a dialectical and qualitative approach, not limited to legal statutes, but including doctrinal manifestations and decisions of the Courts, starting from a systematic analysis that the process with the effective participation of those involved in the resolution of the conflict, with the legitimation of the consensus, does not violate any fundamental right, but it even allows the recovery of the justice system itself, without an unnecessary procedural march. At the end, a brief analysis is made on how the Judicial Subsection of Uberaba/MG has used the aforementioned procedural instruments in the treatment of said conflicts in a more humanized way, with absolute respect for human rights and the dignity of the human person, basic postulates of the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Criminal Law. Criminal proceedings of Criminal Law. Speeds of Criminal Law. *Acordo de Não Persecução Penal*. Restorative Justice. Conflict resolution. Active liability.

Índice de figuras

Figura 1: Tempo médio de tramitação dos processos criminais e não criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, por tribunal.....	56
Figura 2: Série histórica das execuções penais.....	57
Figura 3: Relação da população prisional por ano.....	58
Figura 4: Série histórica das Mortes Violentas Intencionais.....	62

Índice de tabelas

Tabela 1: Comparação da população prisional no sistema Estadual x sistema Federal.....	59
Tabela 2: Custo médio mensal do preso.....	59
Tabela 3: Quantidade de incidências por tipo penal na Justiça Estadual.....	60
Tabela 4: Quantidade de incidências por tipo penal na Justiça Federal.....	61
Tabela 5: Relação quantidade de processos (distribuídos por vara x classe processual) na Subseção Judiciária de Uberaba/MG.....	132
Tabela 6: Gráfico com a quantidade de processos (distribuídos por vara x classe processual) na Subseção Judiciária de Uberaba/MG.....	132
Tabela 7: Gráfico referente aos processos da classe "Inquérito Policial".....	134
Tabela 8: Gráfico referente aos processos da classe "Procedimento Investigatório Criminal".....	135
Tabela 9: Gráfico referente aos processos da classe "Petição Criminal".....	136
Tabela 10: Gráfico referente aos processos da classe “Ação Penal” divididos entre ativos e suspensos/arquivados.....	137
Tabela 11: Gráfico referente aos processos da classe "Ação Penal" suspensos/arquivados...	137
Tabela 12: Gráfico referente aos processos da classe “Ação Penal” em tramitação.....	138
Tabela 13: Gráfico referente aos processos da classe “Termo Circunstanciado”.....	139
Tabela 14: Gráfico referente aos processos da classe “Execução Penal”.....	140
Tabela 15: Tabela com a compilação dos tipos penais em trâmite na Subseção Judiciária de Uberaba/MG.....	141

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANPP – Acordo de Não Persecução Penal
CF – Constituição Federal
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
HC – Habeas corpus
IPL – Inquérito Policial
JR – Justiça Restaurativa
LC – Lei Complementar
MC – Medida Cautelar
MJ – Ministério da Justiça
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
PC – Petição Criminal
PF – Polícia Federal
PIC – Procedimento Investigatório Criminal
SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificado
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
StPO – Código de Processo Penal Alemão (strasfprozeßordnung)
TC – Termo Circunstanciado de Ocorrência
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 O DIREITO PENAL E O PROCESSO PENAL AO LONGO DO TEMPO E A LIMITAÇÃO AO PODER DE PUNIR.....	17
1.1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ATÉ O ADVENTO DAS TEORIAS DE PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO.....	18
1.2 O MODELO DO GARANTISMO PENAL.....	25
<i>1.2.1 O garantismo enquanto modelo normativo de Direito.....</i>	<i>25</i>
1.2.2 A Teoria do Garantismo – Entre Direito e Razão.....	28
1.3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS.....	31
<i>1.3.1 Os princípios informadores do processo penal.....</i>	<i>33</i>
1.3.2 O sistema acusatório.....	33
1.3.3 O sistema inquisitorial.....	34
1.3.4 O sistema misto.....	35
2 A TUTELA PENAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
2.1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA TENTATIVA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
2.2 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL.....	50
2.3 A CRISE DO ATUAL SISTEMA DE PENAS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA.....	54
2.4 A SUPERAÇÃO DA CRISE A PARTIR DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL.....	63
<i>2.4.1 O consenso no processo penal.....</i>	<i>64</i>
2.4.2 Os mecanismos de diversificação.....	69
2.5 O INCÔMODO NA ADOÇÃO DO CONSENSO NA JUSTIÇA PENAL.....	71
3 LEVANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA À SÉRIO.....	74
3.1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	76

3.2 A FETICHIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO INSTRUMENTO DO ABOLICIONISMO PENAL.....	79
3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO OUTRO MODELO INTERVENTIVO	84
3.4 A INCORPORAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	87
4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO (“PORTA DE ENTRADA”) DA JUSTIÇA RESTAURATIVA....	94
4.1 A INCORPORAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	96
4.2 OS REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	101
<i>4.2.1 A confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal.....</i>	<i>102</i>
<i>4.2.2 A prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.....</i>	<i>107</i>
<i>4.2.3 Necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.....</i>	<i>111</i>
<i>4.2.4 O “Acordo Restaurativo” enquanto única condição indicada pelo Ministério Público.....</i>	<i>115</i>
4.3 AS VANTAGENS NA DERIVAÇÃO PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	119
<i>4.3.1 A responsabilização ativa do “autor do fato”.....</i>	<i>121</i>
<i>4.3.2 A valorização da vítima.....</i>	<i>124</i>
4.4 UMA ANÁLISE DA SISTEMÁTICA UTILIZADA PELA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE UBERABA/MG.....	128
<i>4.4.1 A implementação dos métodos restaurativos na Subseção Judiciária de Uberaba/MG.....</i>	<i>128</i>

<i>4.4.2 Elementos para um debate acerca do papel da Justiça Restaurativa no processo penal a partir da Subseção Judiciária de Uberaba/MG.....</i>	<i>131</i>
<i>4.4.2.1 Quanto aos processos da classe de Inquéritos Policiais.....</i>	<i>133</i>
<i>4.4.2.2 Quanto aos processos da classe de Procedimentos Investigatórios Criminais</i>	<i>134</i>
<i>4.4.2.3 Quanto aos processos da classe de Petições Criminais.....</i>	<i>136</i>
<i>4.4.2.3 Quanto aos processos da classe das Ações Penais.....</i>	<i>137</i>
<i>4.4.2.4 Quanto aos processos da classe dos Termos Circunstanciados de Ocorrência</i>	<i>139</i>
<i>4.4.2.5 Quanto aos processos da classe de Execução Penal.....</i>	<i>139</i>
<i>4.4.2.6 Dos crimes identificados na Subseção Judiciária de Uberaba/MG.....</i>	<i>140</i>
<i>4.4.2.7 Da análise dos dados coletados.....</i>	<i>142</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	144
REFERÊNCIAS.....	147

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte do problema de que faltam aos operadores do direito referências doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais acerca da utilização do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) à luz dos princípios e métodos próprios da Justiça Restaurativa (JR). Em verdade, identificou-se que, constantemente, o Sistema de Justiça Criminal sofre críticas acerca do seu papel na sociedade justamente enquanto instrumento de *pacificação social*, o que reflete em duas premissas diametralmente opostas.

Na primeira, há uma impressão de que a impunidade impera sobre a resposta punitiva estatal, com o consequente descrédito por parte da população nas instâncias estatais de persecução penal, associado ao fato de que uma grande quantidade de crimes cometidos sequer chega ao conhecimento das autoridades policiais (as chamadas cifras ocultas) e os que chegam são submetidos a uma tramitação morosa na busca pela responsabilização individual do agente, o qual indubitavelmente praticou os atos a partir da sua própria liberdade de escolha.

Na segunda, parte-se do pressuposto de que atualmente há uma *falência da pena de prisão*, a qual *supostamente* não se mostraria como eficaz quando comparada com as expectativas geradas pelo modelo do Estado de bem-estar social, ao argumento de que o sistema penal seria autofágico, alimentando-se de si mesmo, etiquetando os indivíduos e, posteriormente, excluindo-os, em verdadeiro processo de *coisificação* do indivíduo.

É nesse contexto, portanto, que se apresenta o objetivo central da presente pesquisa, o qual consiste na verificação quanto à (in)compatibilidade entre a aplicação das medidas consensuais, em especial, o ANPP à luz dos princípios e métodos da JR. Dentro dessa perspectiva, os objetivos específicos são resumidos em: *i*) apontar direções e sugestões para reformulação do atual sistema de processo penal, adequando-o às novas perspectivas, notadamente da *autocomposição*; *ii*) estudar os mecanismos da justiça criminal negociada enquanto instrumentos de política pública e os respectivos benefícios ao sistema carcerário; *iii*) verificar as consequências, as vantagens e os limites da aplicação conjunta do ANPP à luz dos princípios e métodos da Justiça Restaurativa e *iv*) apurar qual a melhor maneira de aplicá-los conjuntamente, sem que haja qualquer desconfiguração quanto à principiologia aplicável a ambos.

Isso com a ciência de que *i*) a Justiça Restaurativa enfrenta uma maior resistência por parte do legislador em consolidá-la normativamente, haja vista que existiu uma única tentativa consubstanciada no Projeto de Lei n. 7.006/2006 da Câmara dos Deputados, o qual ainda não foi aprovado, mas encontra-se apensado ao projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156/2009) e, por outro lado, *ii*) o Acordo de Não Persecução Penal, instrumento da Justiça Consensual, foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 13.964/19, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, contando com forte campanha do Poder Executivo, em especial do Ministério da Justiça, na sua aprovação, razão pela qual o Congresso Nacional o aprovou em tempo recorde.

Com efeito, coube ao Congresso Nacional apresentar rápidas soluções/alterações ao referido instituto, destacando-se a significativa mudança quanto aos crimes que são abrangidos pelo ANPP, estabelecendo-se como requisitos que os crimes sejam cometidos sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos em vez de infrações penais com pena máxima não superior a quatro anos, conforme proposta apresentada pelo Poder Executivo. Registra-se que, se não houvesse a referida alteração, o instituto somente seria aplicado aos seguintes crimes: *“falso testemunho ou falsa perícia, duplicada simulada, violação de direito autoral na modalidade qualificada e epidemia na modalidade culposa, com resultado de morte”*, conforme levantamento realizado por Álvaro Chaves e Felipe Carvalho¹. Isto é, o ANPP, tal como fora proposto inicialmente, não seria eficaz na resolução dos problemas para os quais estava sendo aventado, porquanto os crimes inicialmente passíveis de aplicação não são a praxe forense e o instituto em nada contribuiria para desafogar/reduzir a incontroversa morosidade do judiciário brasileiro, aliviar a superlotação das unidades prisionais (novas soluções penais apresentadas por especialistas que não envolvam o encarceramento) ou diminuir o clamor por parte da população em geral por procedimentos mais céleres.

As mudanças realizadas pelo Congresso Nacional corrigiram em parte os problemas levantados. Entretanto, não foram suficientes para que houvesse uma significativa aceitação, haja vista que ainda há aqueles que sustentam que as medidas consensuais são a porta de

1 CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; CARVALHO, Felipe Fernandes de. As Propostas de Ampliação de Mecanismos Consensuais de Resolução de Litígios Penais. Disponível em: https://www.academia.edu/41559745/AS_PROPOSTAS_DE_AMPLIA%20%C3%87%C3%83O_DE_MECANISMOS_CONSENSUAIS_DE_RESOLU%20%C3%87%C3%83O_DE_LIT%20%C3%8DGIOS_PENAI. Acesso em: 01/01/2021.

entrada do desprestígio do contraditório, assim como da *suposta* violação da presunção de inocência. Em razão desse impasse, buscou-se a resposta na Justiça Restaurativa.

A metodologia utilizada foi dividida ao longo da discussão para facilitar a compreensão acerca da problemática. No primeiro momento, realizou-se uma abordagem bibliográfico-doutrinária com o objetivo de analisar como o direito penal e o processo penal se desenvolveram ao longo do tempo. No primeiro capítulo, perpassou-se pelas fases da vingança, pelo surgimento da Teoria da Proteção ao Bem Jurídico e, posteriormente, pelos Sistemas Processuais adotados. De igual forma, sob a mesma metodologia e diante da complexidade e da diversidade inerente ao próprio ser humano, identificou-se no segundo capítulo que o Direito Penal passou a ser interpretado como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, o que tem acarretado, sem sombra de dúvidas, sua inevitável expansão. Nesse ponto, mostrou-se oportuno enxergar o problema sob a ótica das velocidades do direito penal, teoria cunhada por Jesús-María Silva Sánchez, haja vista que diante da existência de inúmeros tipos penais (com diferentes níveis de reprovabilidade e/ou adequação social), o ordenamento jurídico não pode oferecer apenas uma única resposta. É nesse contexto que se estruturam os elementos da Justiça Consensual que a cada dia ganha mais força na busca pela equalização entre a existência de um direito penal mínimo e um direito penal máximo. Isto é, os mecanismos consensuais na persecução penal apresentam-se como estratégia legítima da salvaguarda dos direitos e garantias individuais, seja por parte do acusado, seja por parte da vítima (função primordial do Estado).

Não obstante, ciente de que nem todos compactuam com a criação de espaços de consenso, vinculados à pequena e à média criminalidade, por acreditarem que se trata de um modelo utilitarista que leva à supressão de direitos e/ou garantias, ou, pelo menos, redução da sua esfera de proteção, é que se apresentam, no terceiro capítulo, os princípios e métodos da Justiça Restaurativa enquanto solução a ser utilizada para manutenção das conquistas democráticas galgadas pela modernidade.

Ao final, no quarto capítulo, realizou-se uma leitura compatibilizando o ANPP, nova medida consensual criada pela Lei n. 13.694/19, a partir dos princípios e métodos da JR. Além disso, a partir do método da pesquisa participante, centrado i) no levantamento de dados quantitativos e estatísticos e ii) na observação de procedimentos, buscou-se realizar um breve estudo de caso sobre como a Subseção Judiciária de Uberaba/MG tem adotado a aplicação em conjunto desses institutos.

1 O DIREITO PENAL E O PROCESSO PENAL AO LONGO DO TEMPO E A LIMITAÇÃO AO PODER DE PUNIR

O processo de construção das teorias do direito penal e do processo penal é caracterizado pela constante busca quanto à redução de arbítrios e à limitação do poder estatal, objetivando, assim, evitar uma expansão indevida do direito penal. Ao longo do tempo, apesar das divergências entre as várias escolas penais que surgiram, houve a construção do consenso de que (salvo poucas exceções) um fato somente pode ser considerado como crime quando houver ofensa a um bem jurídico e não apenas infrações éticas ou divinas (como se viu até o fim da Idade Média).

De igual forma, a história já demonstrou que, nesse caminhar de responsabilização penal, o Direito Penal não é um direito de coação direta, razão pela qual não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais. Com efeito, direito penal e processo penal devem caminhar em conjunto, guardando uma relação de complementariedade, razão pela qual retoma-se a mezinha lição do processualista Francesco Carnelutti, o qual ensinava que “*o direito penal cuida da patologia (...) e o processual penal, da farmacologia*”². Isto é, com os devidos cuidados que o tema merece, o diagnóstico da doença é o primeiro passo para a cura, sendo que – em resposta às novas patologias que se apresentam – nem sempre os mesmos remédios serão eficazes. Em verdade, às vezes, não há como fugir do óbvio, sendo que alguns remédios tradicionalmente reconhecidos ainda são de grande valia, mas isso não quer dizer que não existam outras formas de tratamento, dentre elas, outros remédios que sejam mais eficazes.

Por fim, nesse encadeamento, há de se encontrar o ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a observância de garantias fundamentais a fim de evitar os extremos do *hipergarantismo* e de movimentos como o do “Direito Penal do Inimigo”; o que será detalhado no presente capítulo.

2 CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Buenos Aires: EJE, 1950, v. 1, p. 69.

1.1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ATÉ O ADVENTO DAS TEORIAS DE PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO

De início, retoma-se a ideia de que a vingança é um dos poucos elementos justificadores da aplicação do Direito Penal que acompanham-no desde o início, sendo que “*a história da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade*”³, razão pela qual a análise das três grandes fases que justificam a imposição de pena e o tratamento dos crimes de um modo geral mostra-se imprescindível a qualquer estudo das ciências penais. Em breve síntese, as etapas de desenvolvimento da justiça punitiva podem ser assim resumidas⁴:

- a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua⁵.

No mesmo sentido, Bittencourt elenca os tipos de justificativa exercidos em um ato punitivo, explicando:

As diversas fases da evolução da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual⁶.

Quando se pensa na história das penas na humanidade, não se deve considerá-las como compartimentos estanques, uma vez que a história não se desenvolve dessa forma, porém é possível destacar as fases: da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública. Estas fases de vingança não foram substituindo umas às outras dentro de um percorrer histórico organizado. Em verdade, houve uma mistura entre elas a depender do momento histórico, havendo, em determinados casos, a prevalência de uma sobre as outras.

3 MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral. 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 59.

4 Opta-se por empregar a palavra “desenvolvimento” em vez de “evolução”, haja vista que a palavra “evolução” traz a ideia de progresso/aprimoramento, sendo que, não raras as vezes, mudanças realizadas não trouxeram nenhuma vantagem/benefício ao sistema.

5 HASSEMER, Winfried; MUNÖZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho Penal, Valencia: Tirant-lo-blanc, 1989. p. 168.

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral volume 1 [livro eletrônico]. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 185.

Nessa evolução do direito penal, o que realmente merece destaque é que, com o declínio do feudalismo, unificaram-se os feudos, criando-se os Estados Nacionais, que passam a recepcionar o mesmo corpo normativo, por isso fala-se na criação do Direito Penal Comum (o corpo normativo vai ser aplicado de maneira mais ou menos uniforme). Isto é, fundamentados nas teorias contratualistas, os particulares confiaram ao Estado a tutela penal de valores jurídicos. Confira-se:

Na Europa, o *ius commune*, afirma Delmas Marty, feito de costumes locais, de Direito Feudal, de Direito Romano, de Direito Canônico e de Direito Comercial, foi acompanhado nos séculos XII a XVI do nascimento dos Direitos Nacionais. O renascimento dos estudos romanísticos dá lugar ao fenômeno chamado de recepção. Nessa época destacou-se o trabalho dos comentadores dos textos romanos à luz do Direito Canônico e do Direito local ou estatutário. Assim, surgiram os glosadores (1100-1250) e os pós-glosadores (1250- 1450), especialmente na Itália⁷.

Em acréscimo, Aníbal Bruno explica que:

Sob o regime desse Direito, nos países, nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificando terror. Justificando por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a força, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento de vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer e multidisciplinar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites; as penas propriamente infamantes, e onde a pena privativa da liberdade, quando usada, se tornava hedionda pelas condições em que então se executava⁸.

No Direito Penal Comum, com o surgimento destes Estados, buscou-se unificar os Estados absolutistas e os diferentes corpos normativos. Tem-se um Estado que basicamente defende o Príncipe, através de uma influência marcante da religião. É, portanto, caracterizado por um grande arbítrio deste Príncipe na aplicação de sanções e pela ausência de segurança jurídica, já que a palavra final era sempre os seus interesses. O Direito Penal Comum também era marcado por penas cruéis e aflitivas, com forte temor social, pois a sociedade temia ser

⁷ BITENCOURT, 2020. p. 197.

⁸ BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 88-89.

alcançada por alguma pena, caso viesse a provocar algum tipo de descontentamento aos interesses do Poder absoluto.

Dessa forma, no período da vingança pública, o Estado se fortaleceu de modo que a resposta penal seria de sua exclusividade. Isto é, a pena criminal passa a ser vista como uma resposta social infligida pela autoridade soberana e não mais pelo particular ou pelo sacerdote, sendo que o despotismo e as arbitrariedades continuavam presentes na aplicação das penas, porquanto igualmente objetivavam a proteção do soberano. É nesse contexto que ganha força o movimento de publicização da persecução penal, sendo que a acusação passou a ser pública e obrigatória, o que, naquele momento, foi o embrião para o que conhecemos hoje como “*principio da obrigatoriedade da ação penal*”⁹.

Ocorre que, a partir do período revolucionário (e que se confunde com a implementação do sistema processual misto [ou francês]), houve uma substituição dos procuradores do rei (*gens du roi*) por aquilo que se conhece por *Ministério Público*, com a divisão entre *comissários do rei* e *acusadores públicos* (designados pelos representantes do povo) cujas atribuições consistiam, respectivamente, em: i) velar pela aplicação da lei e pela execução dos julgamentos; e ii) sustentar a acusação perante o tribunal¹⁰.

9 ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, in *Sistemas Procesales comparados*. Edmundo S. Hengler (org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 455.

10 Nesse sentido, Julio B. J. Maier consegue com maestria aprofundar a questão, dispondo que “*En efecto, con la organización de los Estados nacionales, durante el absolutismo y su régimen de realización penal, la Inquisición, no hizo falta un acusador estatal específico, separado más o menos estrictamente, por su función procesal, de quienes juzgaban o decidían la aplicación del poder penal del Estado. La concepción del procedimiento como una encuesta escrita y secreta, encaminada a indagar sobre una realidad física, conducida por el inquisidor, delegado de quien ejercía el poder estatal y en cuya cabeza residía totalmente la soberanía del Estado, y del autor sospechoso como objeto de esa investigación, sin defensa posible – pues, si era inocente el buen inquisidor así lo determinaría y, si era culpable, no merecía defensa –, tomaba inútil e ilusoria cualquier organización descentralizada para el ejercicio del poder estatal en materia penal: donde no existe la necesidad de la defensa, ni quien pueda defenderse, y la decisión se adopta sin debate previo, tampoco se precisa un acusador*”, bem como que “*en la Edad Moderna se puede hallar los primeros vestigios de un actor público; sin embargo, este actor estatal, de quien todos los libros de la materia dan noticia como antecedente del ministerio público, no representa la idea del oficio que hoy le corresponde: él era, en su origen lingüístico (fiscal), un abogado de la corona, antes bien un encargado de perseguir los intereses del monarca como persona, quien no podía comparecer por sí mismo en juicio y estaba por ello obligado a tener personero (mandatario), que un funcionario llamado a perseguir los crímenes y delitos, tarea para la que bastaba la competencia del juez inquisidor. Probablemente se deba marcar como antecedente de las fiscalías que aparecieron en la última parte de la Edad Media, y se desarrollaron en la Moderna, a los procuradores caesaris y a los advocati fisci romanos, verdaderos funcionarios fiscales encargados de los intereses del emperador, fundamentalmente de los impuestos y las gabelas. El puente se establece a través de los actores regiae domus y de los actores fisci, encargados del cuidado de los derechos feudales del medioevo, de las capitulaciones, hasta llegar, en Francia, a los procurers du roi y a los advocats du roi. Hasta la reforma de los siglos xiii y xiv ellos, sin embargo, eran representantes del rey, fundamentalmente en asuntos privados; por tanto, no ejercían una función pública, ni eran, entonces, en principio, funcionarios*”. In MAIER, Julio B. J.. *El derecho Penal hoy: homenaje al profesor David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995. p. 21 e 22.

Diante disso, com a reformulação das estruturas de Poder e ainda no contexto do período iluminista, a noção de proteção aos bens jurídicos também ganhou destaque no processo de criminalização, sendo de Anselm von Feurbach a primeira tentativa de delimitar um conceito material de delito, a saber: “*ao Estado cumpre exclusivamente a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade pessoal de cada um, no respeito pela liberdade dos outros*” de modo que “*a conservação dos direitos é o fim das normas penais, serão objetos de suas cominações protetoras tanto os direitos dos súditos, quanto os direitos correspondentes ao Estado*”, razão pela qual “*toda pena é consequência jurídica de uma norma fundada na necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível*”¹¹. Em sua obra “**Bem Jurídico-Penal**”, Bechara leciona que:

O surgimento do conceito de bem jurídico no século XIX e seu posterior desenvolvimento no século XX apenas podem ser compreendidos a partir da consideração de seus antecedentes iluministas. Afirma-se, nesse sentido, que o bem jurídico surge como consequência da crítica à teoria da lesão de direitos subjetivos, sustentada por Anselm Ritter Von Feurbach, fundada na teoria do fim do Estado de Immanuel Kant.

Com efeito, antes do Iluminismo o delito era identificado como o mero descumprimento de deveres impostos, constituindo, de modo indeterminado, uma maldade (*Böseheit*) que infringia a lei e, antes de tudo, a própria vontade divina, o que evidenciava o caráter metafísico e autoritário da intervenção jurídico-penal à época. A partir das ideias iluministas, surgem as bases para a transformação da própria fundamentação do Direito Penal, caracterizadas pela busca de valores justificantes da norma no sistema social, e não mais no terreno sobrenatural. Deixando de se identificar o delito com o pecado, o estabelecimento de seu conteúdo material, amparado na ideia de contrato social, passa a vincular-se à função do Estado de proteção da segurança dos indivíduos e, conseqüentemente, à ideia de lesão de direitos dos demais membros da sociedade. Nesse contexto, surgem as expressões *dano social*, nas obras de Beccaria e de Karl Ferdinand Hommel; *lesão de direito*, posteriormente em Feuerbach; e bem, ou bem jurídico, mais tarde, em Johann Michael Franz Birnbaum e em Franz Von Listz, as quais, embora não guardem absoluta identidade, caracterizam-se pela coincidência de suas bases¹².

Nesse contexto, emergiram diversas teorias a respeito do bem jurídico, destacando-se: *i*) o positivismo formal; *ii*) o positivismo material; *iii*) o neokantismo; *iv*) o finalismo; *v*) o funcionalismo moderado; *vi*) o funcionalismo redutor; e, no âmbito do direito anglo-saxão *vii*) a teoria do *harm principle*.

Não obstante, quanto ao conteúdo e funções do bem jurídico, Bechara explica que:

11 FEURBACH, Paul Anselm von. Tratado de Derecho penal común vigente em Alemania, 1989. p. 64.

12 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: *Quatier Latin*. 2014, p. 89/90.

É frequente a utilização indiscriminada das expressões “bem”, “interesse” e “valor” referidas ao bem jurídico. A impropriedade de identificar esses termos como sinônimos deriva do reconhecimento da delimitação jurídico conceitual de cada um deles. Assim, “bem”, na verdade, refere-se ao objeto capaz de satisfazer uma necessidade; “interesse” identifica-se com a relação específica entre um objeto e seu titular, um sujeito; e “valor” assume um sentido pluridimensional de transcendência. De toda forma, chegar a uma convenção terminológica sobre o conteúdo do bem jurídico não é tarefa fácil.

Em continuidade, Bechara sustenta que *“os bens jurídicos não podem ser entendidos como valores”* e que também *“não parece possível afirmar constituir o bem jurídico um objeto, no contexto de uma imagem naturalística do mundo”*, sendo que *“a fim de permitir a construção de um sistema aberto que seja capaz de adaptar-se às contingências concretas de tutela penal, soa mais adequado vincular o bem jurídico à dimensão do interesse (...)”*¹³. E complementa:

A par da constatação do bem jurídico como um interesse, à vista das concepções anteriormente expostas sobre seu conteúdo e, assim, seus pressupostos, pode-se concluir não ser possível acolher de forma absoluta e autônoma nem a vertente constitucional, nem a sociológica. Justamente por isso, verifica-se que diversos dos posicionamentos tratados buscam, ainda que implicitamente, vincular ambas as teorias, atingindo-se uma dupla fundamentação do bem jurídico: na Constituição e no consenso social.

Em verdade, as teses constitucionais e sociológicas do bem jurídico podem ser, assim, tratadas de modo complementar, até por se dirigirem – à exceção das teses funcionalistas sistêmicas, desde logo rejeitadas – a uma mesma orientação sobre o alcance do modelo de Estado na fundamentação do Direito, voltando à proteção das relações sociais fundamentais. Visto desse modo, o caminho passa por dois momentos: em primeiro lugar, busca-se na realidade social seu fundamento dinâmico; em seguida, busca-se nos princípios e valores constitucionais que inspiram o Estado Democrático de Direito os político-criminais para determinar a necessidade de sua proteção por meio dessa via de controle social. De todo modo, o texto constitucional funcionará, nesse exame, como parâmetro negativo, a impedir que, em razão do pluralismo latente no contexto democrático, busque-se a tutela de interesse que não encontram plasmados na lei fundamental, como instrumento de materialização de um mínimo consenso social.

Antes de tudo, porém, reconhece-se que, justamente diante de sua – necessária – abertura e inconcreção, a teoria do bem jurídico apenas fornece elementos para determinar quando não se pode considerar determinado interesse como bem jurídico. Com efeito, conforme demonstrou toda sua evolução teórica, não é possível alcançar uma definição exaustiva e precisão da noção de bem jurídico. Assim, sua capacidade de rendimento emana exclusivamente de seu caráter negativo¹⁴.

¹³ BECHARA, 2014, p. 140.

¹⁴ BECHARA, 2014, p. 141-142.

Em que pese a existência de diversas teorias a respeito do bem jurídico-penal, fortaleceu-se aquela em que o bem jurídico assumiu a posição de elemento central do preceito contido na norma penal e a descrição do fato punível, sendo que além da função dogmática (“bem jurídico enquanto elemento fundamental para interpretação da norma penal”) é necessário socorrer-se na função político-criminal. Isto é, que o direito penal se traduz em limitação do poder de definição do Estado sobre as condutas que serão incriminadas, impedindo-o de proteger sentimentos ou valores éticos ou morais. Nesse sentido, Bechara acresce que:

A partir de sua definição material, o bem jurídico passa a desempenhar diferentes funções no âmbito jurídico-penal. Dentre tais funções, interessam em particular a dogmática e a político-criminal ou crítica. Conquanto já se tenha discorrido sobre a função limitadora do bem jurídico, é interessante analisar sua relação com a respectiva função dogmática ou imanente. Em primeiro lugar, pode-se afirmar que o exame dogmático a partir do bem jurídico possui caráter indutivo, consistente na constatação, a partir da norma penal, do objeto de tutela, e, assim passível de ofensa. A análise crítica referida ao bem jurídico, por outro lado, segue o procedimento inverso: estabelecidos quais interesses possam ser legitimamente dignos de tutela penal, busca-se verificar sua vinculação com os tipos penais efetivamente vigentes no ordenamento jurídico-penal. A relação entre ambas as funções revela-se, porém, mais intrínseca.

A limitação do poder punitivo estatal ao bem jurídico não se manifesta apenas na elaboração da lei penal, refletindo-se também nas posteriores tarefas de interpretação e aplicação judicial dessa lei. É nesse momento que o bem jurídico deve desempenhar a função dogmática, produtora de um efeito de segurança. Para realizar a função limitadora do poder punitivo do Estado no momento legislativo, o bem jurídico, como interesse a proteger normativamente, deve ser, como já verificado, anterior à lei. Porém, uma vez reconhecido o interesse a ser tutelado pela norma, é essa que modela e permite avaliar, no âmbito normativo tal interesse, por meio dos elementos pelos quais expressa o comportamento que o ataca. O trabalho do intérprete não se resume, assim, a inferior o objeto de proteção da norma incriminadora ou a *ratio* da incriminação.

A função dogmática ou imanente do bem jurídico relaciona-se, então, à interpretação das normas penais e a sua construção sistemática. A consequência dogmática principal desse uso intra-sistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade, entendida nos sentidos formal (violação da norma correspondente ao tipo delitivo) e material (lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma). (...)

Assim, embora possa ser considerado em sentido referencial limitado, o bem jurídico segue tendo importância fundamental no estabelecimento material do delito, permitindo, a partir de sua análise, avaliar a relevância jurídico-penal de determinada conduta. Negar a função limitadora do bem jurídico significa, portanto, esvaziar sua função dogmática, convertendo a estrutura

do delito em construção meramente espiritualizada, a possibilitar uma aplicação desmedida e autoritária do Direito Penal¹⁵.

No mesmo sentido, Cirino também destaca que, apesar das fortes críticas apresentadas, o desenvolvimento da teoria do bem jurídico continua sendo imprescindível para a legitimação do Direito Penal e para a construção de um Direito Penal Democrático. Confira-se:

O bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção penal – afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humana, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais – e poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humana se não constituíssem objeto de proteção penal (mas de simples indenização, por exemplo).

(...)

Na atualidade, juristas e criminólogos críticos propõem reservar o conceito de bem jurídico para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da vontade do poder, (b) de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos característicos de complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc.. Essa posição reafirma os princípios do Direito Penal do fato, como lesão do bem jurídico, e da culpabilidade, como limitação do poder de punir, excluindo a estabilização das expectativas normativas das concepções autoritárias do funcionalismo de JAKOBS, por exemplo. Desse ponto de vista, consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de bem jurídico, como critério de criminalização e como objeto de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação capital/trabalho assalariado, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo¹⁶.

Portanto, há que se reconhecer a importância das teorias de proteção aos bens jurídicos nesse caminhar histórico que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.

15 BECHARA, 2014, p. 143-144.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 17-18.

1.2 O MODELO DO GARANTISMO PENAL

1.2.1 O garantismo enquanto modelo normativo de Direito

Faz-se necessário um tópico específico para análise do modelo do garantismo penal, haja vista que a análise quanto à viabilidade da aplicação conjunta do instituto do Acordo de Não Persecução com os métodos da Justiça Restaurativa será pautada sob a ótica da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli¹⁷.

Nesse sentido, objetiva-se uma análise quanto à compatibilização das medidas consensuais na persecução penal, em especial do Acordo de Não Persecução Penal, a partir da perspectiva garantista, seja para proteção do criminoso e, principalmente, da vítima e da sociedade, razão pela qual os institutos serão estudados enquanto novos fundamentos de legitimidade do *ius libertatis* (e não mais do *ius persecutio* que ocasiona o *ius puniendi*) através da reelaboração de premissas utilitaristas (utilitarismo reformado) face ao apego ao classicismo penal e sua marcada gênese iluminista.

Visando proporcionar um ponto de partida político para a construção da teoria garantista, Luigi Ferrajoli explica que o Estado de Direito sempre será um modelo *sub lege*, razão pela qual haveria dois modelos: *i*) o primeiro, fraco ou formal, no qual todo o poder do Estado deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos; e *ii*) o segundo, forte ou material, em que todo e qualquer poder do Estado deve

17 A Teoria do Garantismo não está isenta de críticas doutrinárias. Em verdade, a Teoria é objeto de críticas dos mais variados segmentos. A Professora Débora Pastana alça a teoria garantista a uma das causas de justificação de práticas autoritárias. Isso porque “*dentro da Ciência Penal, pode ser comparado a uma reivindicação, até certo ponto inócua, de setores menos conservadores do campo jurídico. Enquanto atitude ético-política que centra o discurso jurídico na reivindicação de direitos, de liberdades e de garantias, tal movimento preocupa-se mais em alardear suas convicções, sem, contudo, realizá-las. A prática – vale dizer, o compromisso com a mudança real de comportamento do campo jurídico, inclusive rompendo com as abstrações liberais contidas na lei – não se destaca nesse movimento. O garantismo se inscreve, portanto, nesse universo discursivo que timidamente propugna pela consolidação democrática por meio, simplesmente, do respeito à Constituição. (...) Daí a função alegórica que desempenha na defesa da cidadania, permitindo, inclusive, a continuidade da própria ‘democracia tutelada’ que estamos, no momento, a evidenciar. Tratando-se de um discurso pouco combativo, acaba por reduzir a crítica ao sistema penal, reificando mais uma vez a norma e abafando movimentos genuinamente contra-hegemônicos. Tudo leva a crer que de boas intenções o campo jurídico também deve estar cheio*”. In PASTANA, Débora. Justiça Penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009. Por outro lado, há quem defenda que a Teoria Garantista retrata pensamento dominado pelo materialismo e pela negação da liberdade humana, sendo que a controvérsia estaria na sociedade, e não no indivíduo (livre-arbítrio), onde o crime (efeito) só pode ser combatido com a transformação da causa (desigualdades inerentes ao regime de propriedade privada). In SOUZA, Leonardo Giardin de. e PESSI, Diego. Bandidolatria e Democídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil. 3. ed. - Porto Alegre: SV Editora, 2018, passim.

ser limitado pela lei, que condiciona as formas e procedimentos de manifestação do poder, bem como os conteúdos das decisões políticas¹⁸.

No sentido formal, são Estados de Direito todos os ordenamentos que possuem uma estrutura formal, inclusive os totalitários. No sentido material, apenas os Estados constitucionais são considerados Estados de Direito, nomeadamente os Estados dotados de Constituições rígidas, haja vista que possuem, em nível constitucional, limites formais e substanciais ao exercício de todo e qualquer poder.

O que os diferencia é que cada sentido de Estado de Direito atribui diferentes visões ao que seria o princípio da legalidade. No Estado de Direito formal, tem-se uma *legalidade em sentido amplo* (validade formal), em que se exige apenas que os sujeitos do poder e as formas de seu exercício sejam determinados legalmente. No Estado de Direito Material, são predeterminados legalmente os sujeitos do poder, suas formas de exercício do mesmo e as matérias de competência, bem como, em nível constitucional, mediante obrigações e proibições, os *critérios de decisão*, ou seja, limites e vínculos de conteúdo internalizados nos direitos fundamentais¹⁹.

O garantismo jurídico, portanto, parte do Estado de Direito material e se apresenta como o “*seu adequado modelo jurídico e principal traço funcional*”. Ou seja, esse Estado de Direito adotado pelo garantismo jurídico é um modelo de Estado nascido a partir das modernas Constituições, caracterizando-se no plano formal pelo princípio da legalidade em que todos os poderes se subordinam à lei (*legitimação formal*) e no plano material pela *funcionalização* de todos os poderes do Estado na garantia dos direitos fundamentais (*legitimação substancial*)²⁰.

18 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 687.

19 FERRAJOLI, 2002, p. 690.

20 Sérgio Cademartori em sua tese de doutorado explica que: “*A referida distinção entre legitimidade formal e substancial encontra correlato na distinção entre democracia política e Estado de Direito. As condições formais de validade indicam as regras sobre quem e como se deve decidir; estas referem-se às formas de governo (democrático, monárquico, oligárquico, burocrático). De seu turno, as condições substanciais de validade determinam a estrutura de poder: elas dizem sobre o quê se pode ou não decidir; da sua natureza depende o caráter de direito (ou absoluto, totalitário, autoritário, ou mais ou menos de direito) do sistema jurídico. As primeiras determinam competências e procedimentos (p. ex. sufrágio universal, quórum de maioria para votação de leis, etc.) para a tomada de decisões vinculantes para toda a comunidade; as segundas são as que garantem os direitos fundamentais, estabelecendo proibições de suprimir ou limitar as liberdades fora dos casos taxativamente previstos em lei, bem como estabelecendo obrigações de remover os obstáculos que impeçam as desigualdades sociais (ou seja, dar condições de educação, saúde, etc. enfim, a concretização dos direitos sociais). Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou tão sequer de um só cidadão. Neste aspecto, o estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando a garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao*

Como visto, essa funcionalização ocorre mediante a internalização na Constituição de *deveres públicos* desdobrados em proibições de lesionar os direitos de liberdade, bem como de obrigações visando promover os direitos sociais. Ademais, deve ser garantido o acesso à jurisdição quando descumpridos esses deveres públicos.

Nesse sentido, o modelo garantista de Luigi Ferrajoli, no âmbito penal, afasta-se do abolicionismo penal²¹, porquanto considera o direito penal e as penas criminais importantes para a garantia dos direitos fundamentais em geral e, de igual forma, repudia tendências como o direito penal do inimigo ou do autor, porque desmerecem as garantias e direitos fundamentais dos réus. Apenas para argumentar, Aristóteles já ensinava que a virtude é encontrada no meio termo entre ações opostas (*mesótês*), entre o excesso e a deficiência²², razão pela qual “o garantismo penal é um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, visto que, em sendo estereótipo da racionalidade, tem o escopo de minimizar a violência social e garantir a paz”²³.

Sendo assim, em razão das fontes de legitimação formal e substancial, não há no Estado de Direito poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis. Todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos formais e substanciais; a violação desses deveres é apta para suscitar a provocação da via jurisdicional²⁴. De igual forma, a Teoria do Garantismo Penal é um modelo direcionado ao controle e minimização dos poderes punitivos, fornecendo

estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir - ou consentir que se decida - que um homem morra ou seja privado de sua liberdade, que pense ou escreva, que se associe ou não a outros. A esses direitos fundamentais correspondem obrigações do estado, de tutelá-los. Essas obrigações conformam as garantias do cidadão, instituídas contra os poderes e as maiorias, sendo contra a utilidade geral. Por isso, a lesão dos direitos fundamentais por parte dos poderes justifica não apenas a resistência mas até mesmo a guerra civil. Isto porque, com a constitucionalização (positivação) dos chamados direitos naturais, vê-se o súdito transformado em cidadão, como consequência dos limites impostos ao poder. Este estado caracterizado por limitações de conteúdo em seu poder normativo é o que passa a denominar-se estado de direito”. In CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Estado de Direito e Legitimidade. Uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2006. p. 208-209.

21 Ferrajoli explica que: “O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista”, bem como que “mesmo em uma improvável sociedade perfeita do futuro, na qual a delinquência não existisse, ou, pelo menos, não se advertisse a necessidade de reprimi-la, o direito penal, com todos os seu códigos de garantias, deveria, contudo, remanescer somente para aquele caso que poderia, excepcionalmente, produzir-se de reações institucionais coativas a um fato delituoso”. In FERRAJOLI, 2002, p. 276-277.

22 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco: tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora UnB, 1985. p. 11,6,1106 b 39-42

23 CARVALHO. Salo. Penas e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 128.

24 FERRAJOLI, 2002, p. 857.

ferramentas para a constrição dos poderes punitivos e abrindo espaço para a sofisticação das práticas forenses cotidianas voltadas à redução dos danos causados aos direitos humanos. Logo, na acepção em comento, a palavra garantismo designa um modelo de ordenamento jurídico equipado com meios de invalidação de todo e qualquer exercício do poder que esteja em desarmonia com normas superiores de direitos fundamentais²⁵.

Portanto, a despeito das críticas que lhe é dirigida, o garantismo jurídico se presta como um modelo normativo limite para o Estado de Direito, razão pela qual – em vez de se falar em ordenamentos garantistas, não garantistas ou antigarantistas – é preciso falar em *graus de garantismo*, devendo constantemente ser confrontado o modelo normativo constitucional com o funcionamento efetivo do sistema.

1.2.2 A Teoria do Garantismo – Entre Direito e Razão

Noberto Bobbio – ao prefaciar o livro “**Direito e Razão: Teoria do Garantismo**” de Luigi Ferrajoli – conseguiu com maestria sistematizar a obra da seguinte maneira:

O garantismo é um modelo ideal, do qual nós podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente.

À descrição do modelo está dedicada essencialmente a primeira parte, toda ela centrada sobre a pura contraposição entre o momento da legislação e o da jurisdição: o primeiro encontra seu elemento constitutivo no convencionalismo; isto é, na teoria conforme a qual é delito o que a lei estabelece como tal, em contraste com as doutrinas objetivistas do delito, para as quais há ações más em si mesmas; e o segundo, com seu elemento constitutivo na doutrina contrária, do cognitivismo, segundo a qual incumbe ao juiz verificar ou refutar a hipótese acusatória por meio de procedimentos que tornem possível o conhecimento dos fatos. Com uma feliz antítese, feliz por seu caráter sintético, que está centralizada nos dois conceitos gerais do “poder” e do “saber”, a contraposição entre legislação e jurisdição, segundo o abstrato modelo garantista, se expressa com estas duas máximas: acerca da legislação - *Auctoritas, non veritas facit legem*²⁶ acerca da jurisdição – *Veritas, non auctoritas facit iudicium*²⁷.

A segunda e a terceira parte analisam, à luz do modelo, os problemas fundamentais que constituem a matéria tradicional do direito e do processo penal – a pena, o delito, o processo -, respondendo com calculada simetria, em cada um dos três temas, às quatro perguntas: se, por que, quando e como

25 FERRAJOLI, 2002, p. 880.

26 É a autoridade e não a verdade o que faz a lei.

27 É a verdade e não a autoridade o que faz a jurisdição.

"punir"; se, por que, quando e como "proibir"; se, por que, quando e como "julgar". O modelo, uma vez apresentado em todas as suas partes, serve de critério de valoração da situação atual do direito e do processo penal na Itália: tal juízo, ao qual está dedicada a quarta parte, é muito severo e trata de demonstrar até que ponto a realidade do sistema penal vigente está longe do modelo, pela presença de três subsistemas desviados, o do direito penal comum, ainda caracterizado pela sobrevivência do código fascista e de algumas deficiências ou lacunas da mesma Constituição; o das diversas medidas de polícia que se põem ao largo do direito penal comum e a ele se sobrepõem; enfim, o introduzido pelas leis excepcionais, frente à chamada emergência. Enquanto as três primeiras partes se caracterizam por seu rigor argumentativo e pela complexidade da construção sistemática, a quarta se distingue pela amplitude da documentação, que faz dela um verdadeiro e próprio repertório das partes enfermas de um sistema, de que tanto o advogado quanto o juiz, o político ou o funcionário quanto o jornalista podem obter proveito. Chamo a atenção também para a extensão das notas bibliográficas e históricas, nas quais o leitor encontrará interessantíssimas notícias relativas à história de cada um dos problemas.

A última parte, enfim, é uma tentativa de extrair dos resultados obtidos na descrição do modelo garantista penal as grandes linhas de um modelo geral do garantismo: antes de tudo, elevando-o a modelo ideal do Estado de direito entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por último, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.

Luigi Ferrajoli explica que *“é possível separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordená-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistemas ou modelos”*²⁸.

28 Acrescenta, ainda, que: *Os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – não expressa proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de implicações deônticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos deônticos, normativos ou axiológicos. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo pressupõe, assim, uma opção ético política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Isso não impede o caráter descritivo e não normativo de sua análise teórica e, sobretudo, de seu uso – como se realizará no curso deste livro – para interpretar e explicar os princípios de justificação política e de convalidação jurídica dos diversos sistemas penais concretos, além das separações, inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade e efetividade penal. Cada uma das implicações deônticas - ou princípios - de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição sine qua non, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório*

Nesse sentido, considerando que fazem-se necessários procedimentos/velocidades diferentes para lidar com as novas causas de expansão do direito penal, associado ao fato de que o modelo garantista não é um compartimento fechado, mas que – desde que respeitados seus postulados – é possível proceder a uma reconfiguração dos modelos vigentes, utilizar-se-á como marco teórico para o desenvolvimento do restante do presente trabalho a teoria do garantismo penal. Rememora-se, nesse contexto, as breves lições de Guastino, o qual sintetiza que:

O núcleo do livro de Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (1989), é um modelo de direito penal – chamado pelo mesmo de sistema garantista – no qual a proteção da liberdade pessoal é máxima e, portanto, mínimo (ou seja, raro e excepcional, como um remédio extremo) sua violação aplicando uma sanção penal.

A proteção da liberdade pessoal é a variável dependente de uma série de garantias contra o exercício do poder de punir. Uma garantia é precisamente uma barreira, um obstáculo interposto entre o poder (executivo) e o cidadão. No sistema garantista, a imposição de uma penalidade está, por isso, sujeita a uma longa série de condições, disjuntivamente necessárias (e apenas conjuntamente suficientes), cada uma das quais constituindo uma garantia contra o uso do poder punitivo. São pressupostos da pena: a) a prática de um crime (princípio da retribuição) (...); b) a culpabilidade do imputado (princípio da responsabilidade pessoal); e c) a comprovação em juízo do fato qualificado como crime (princípio da jurisdição).

Por sua vez, o pressuposto (de instauração) de um julgamento é que exista uma hipótese acusatória. Essa hipótese acusatória, evidentemente, não pode ser formulada pelo próprio juiz, mas deve ser formulado por uma das partes. Caso contrário, o juiz deixaria de ser juiz (terceiro imparcial) e passaria a ser parte processual (princípio acusatório e da separação entre acusação e Juiz); d) a checagem, isto é, a verificação empírica da hipótese acusatória (presume-se que a acusação seja falsa [princípio da presunção de inocência e princípio do ônus da prova como responsabilidade do Ministério Público]).

Entende-se que uma hipótese acusatória pode ser provada empiricamente somente se um fato for imputado e, precisamente, uma ação material. Para que a hipótese da acusação possa ser considerada provada, não basta que a acusação tenha apresentado provas: é necessário, além disso, que tal prova seja (desnecessariamente) criticada pela defesa, isto é, que a defesa tente (ainda que em vão) refutar a hipótese acusatória e que tenha reagido em todas as possibilidades de refutação (princípio do contraditório).

Como se viu, a pena pressupõe o cometimento de um crime. Por sua vez, o crime pressupõe a lei, no sentido de que um ato não constitui crime se não

punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir. “Aliud fraus, aliud poena”, escreve Ulpiano: “fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest”. A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente porque “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade” designam requisitos ou condições penais, enquanto “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais, os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão garantias penais, e os exigidos para os segundos, garantias processuais”. In FERRAJOLI, 2002, p. 300.

for qualificado como tal por lei (princípio da legalidade). O pressuposto do direito penal, por sua vez, é a “necessidade” (diretriz de política criminal dirigida ao legislador): a lei deve apenas proibir comportamentos cuja proibição é socialmente útil (não deve conter proibições supérfluas, nem instituir sanções penais onde uma sanção civil ou administrativa seria suficiente). Em particular, a lei penal deve proibir (i) apenas fatos lesivos dos direitos de outrem (princípio da ofensividade da ação) e (ii) apenas fatos que consistam em comportamentos materiais e externos e não, em vez disso, atitudes internas, qualidades morais da pessoa, comportamentos privados e similares (princípio da materialidade e exterioridade da ação)²⁹.

Portanto, a partir dos referidos postulados, buscar-se-á verificar se a incorporação de princípios e métodos da Justiça Restaurativa são compatíveis com o artigo 28-A, I, do Código de Processo Penal, em especial, se tais princípios podem ser incorporados ao presente ordenamento na busca da efetiva reparação à vítima sem diminuir aquilo que Ferrajoli chama de *graus de garantismo*.

1.3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

É amplamente difundida a afirmação de que não há sociedade sem direito: “*ubi societas ibi jus*”³⁰, sendo que, pouco a pouco, os indivíduos compreenderam os riscos relacionados à autotutela e passaram a preferir – ao invés da resolução / solução dos conflitos pelas próprias partes – que terceiros de confiança resolvessem os conflitos postos; até que, com a consolidação do Estado e na medida em que este conseguiu adentrar na esfera individual dos particulares (o que perdurou, inclusive, no auge da filosofia política liberal), a jurisdição passou a ser atribuída como responsabilidade estatal.

De forma concomitante, ao mesmo tempo em que as teorias do direito penal buscavam respostas (no plano abstrato) para as indagações sobre “o que punir?” (na perspectiva do Estado) e “por qual dever o particular deve se abster de praticar determinadas condutas?” (na perspectiva do indivíduo), surgiram os questionamentos a respeito da

29 GUASTINI, Ricardo. In CARBONELL, Miguel (cord.). Para Leer a Luigi Ferrajoli. Ciudad de México: Tirant lo blanch, 2017. p. 59-61

30 Sem prejuízo, ressalva-se que há casos de sociedades autodeterminadas sociopoliticamente sem a existência do direito, a exemplo de algumas comunidades indígenas, na qual “*os detentores do que alhures se chamaria de poder são de fato destituídos de poder, onde o político se determina como campo fora de toda coerção e de toda violência, fora de toda subordinação hierárquica, onde em uma palavra, não se dá uma relação de comando-obediência*”. In CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política. Tradução: Theo Santiago. São Paulo: Cosac & Naify, 2003. p. 27.

transformação do direito de punir, outrora apenas no plano abstrato, para o efetivo exercício do *jus puniendi in concreto*.

Isto é, o Estado – que até então só tinha um poder genérico, abstrato e impessoal – passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso, mas como fazer? É esse, portanto, o grande dilema existencial do processo penal que perdura até os dias de hoje (efetividade da coerção penal versus observância de direitos fundamentais).

Além disso, o que distinguiria a jurisdição das demais funções do Estado? Dinamarco explica que é precisamente a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce, sendo que:

A pacificação mediante a eliminação de conflito por uma decisão justa é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual – uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício.

É para consecução dos objetivos da jurisdição, e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder³¹.

Desde que o Estado proibiu que os conflitos fossem solucionados pelo uso da força e diretamente pelas partes envolvidas, assumindo para si essa missão de resolvê-los, de solucionar as lides, houve a necessidade de estruturação de sistemas a fim de que os litígios fossem compostos por meio do processo. Ou seja, ao disciplinar as atividades dos sujeitos interessados promoveu-se uma substituição da vingança privada por um método mais civilizado, por meio do qual o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional.

E, hodiernamente, não sobressaem dúvidas quanto ao fato de que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos a fim de, há um só tempo, *i*) exercer a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas ou grupos e lhes trazem angústia; e *ii*) advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça.

Sendo assim, o objetivo deste tópico não é fazer uma incursão histórica a respeito dos sistemas processuais existentes ao longo da história, mas lembrar questões essenciais na

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 32. ed., rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2020. p. 47.

discussão sobre quais são os institutos fundamentais do direito processual e a sua compatibilidade com os novos instrumentos da Justiça Consensual.

1.3.1 Os princípios informadores do processo penal

Em sua origem, os princípios são derivados dos valores ético culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, os quais foram sendo impostos num processo histórico político contínuo.

O processo penal, como também os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores. Nesse sentido, Tourinho Filho leciona que “*os princípios representam postulados fundamentais da política processual penal de um Estado*”, sendo que “*quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual*”³².

Portanto, é por meio do processo que se compõem os litígios, sendo que seu objeto consiste na prestação jurisdicional. Dessa forma, com o passar do tempo, reconheceu-se a autonomia do referido ramo, contando, inclusive, com princípios que lhes são próprios (limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal e oferecendo métodos de interpretação), a saber: i) o devido processo legal; ii) a ampla defesa; iii) a presunção de inocência; iv) a imparcialidade do Juiz; v) a paridade de armas; vi) a publicidade, dentre outros.

1.3.2 O sistema acusatório

O sistema acusatório é caracterizado pela distribuição aos sujeitos processuais, de forma individualizada, das funções de acusar, defender e julgar. Lopes Jr ensina que o sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade Grega – “*o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador*”, e romana – “*onde surgiram as duas formas do processo penal: cognitio e accusatio*”, bem como sintetiza que o sistema acusatório pode ser definido da seguinte forma:

32 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

Na atualidade, a forma caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere a coleta da prova, tanto de imputação quanto de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é uma regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critério de segurança jurídica (e social) da coisa julgada e j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição³³.

Registra-se, inclusive, que o sistema acusatório predominou até o século XII, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. Hodiernamente, há uma constante tentativa pela reincorporação de premissas fundamentais do sistema acusatório nos modernos sistemas processuais, nos quais deve o magistrado abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que fica a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

1.3.3 O sistema inquisitorial

As origens do sistema inquisitorial remontam ao período do Direito Canônico, tendo se propagado pela Europa entre os séculos XIII e XVIII, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório. Tem como destaque a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa. Isto é, as funções de acusar, defender e julgar reuniam-se na figura do “juiz inquisidor”. Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência.

Com efeito, o fundamento do sistema inquisitorial não é somente o tratamento ao delito formalmente previsto na lei, mas o combate ao desvio criminal enquanto ato imoral ou antissocial, razão pela qual o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida

33 LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: Introdução crítica ao processo penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 154.

conforme os limites da legalidade. Também representou uma ruptura definitiva entre o processo civil e penal.

Por fim, destaca-se que o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro, a saber: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. Por essas características, ficou evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Não obstante, ainda é frequente na legislação infraconstitucional brasileira a presença de alguns resquícios desse modelo.

1.3.4 O sistema misto

Não obstante, a partir do século XVIII houve uma mudança de paradigma no Direito, o sistema inquisitorial passa a sofrer alterações com a modificação napoleônica, que instituiu o denominado sistema misto. Com a superação do Estado Absolutista pela emergência do Estado de Direito, no qual o Poder (representado pelo Estado) e o Direito (representado pelas normas) – isto é, o Poder regulado pelas normas jurídicas, há também a emergência do sistema misto. Dessa forma, o sistema misto possui como mote a imparcialidade do julgador. Renato Brasileiro explica que:

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade³⁴.

Nessa linha, o critério definidor de um sistema ou outro seria a “separação das funções de acusar e julgar”, presente apenas no modelo acusatório. Nesse novo modelo, a acusação ainda é monopólio estatal, mas realizada por meio de um terceiro distinto do juiz. Aqui nasce o Ministério Público (tal como explicado no primeiro capítulo). Por isso, existe um nexo entre sistema inquisitivo e Ministério Público, como aponta Cernelutti³⁵.

Por fim, Lopes Jr. afirma que a classificação do sistema misto peca por insuficiência em dois aspectos: “*A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo*

34 LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 41.

35 CARNELUTTI, Francesco. Poner en su Puesto al Ministerio Publico. In: *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro, 1960. p. 18 e ss.

fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização” e “é necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz”³⁶. Ou seja, sob esta perspectiva, a diferença entre os dois sistemas está correlacionada a função de provar os fatos alegados e não propriamente julgar, razão pela qual a iniciativa probatória por parte do Juízo deve ser excepcionalmente admitida.

36 LOPES JR., 2019. p. 184.

2 A TUTELA PENAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicia-se o presente capítulo retomando o modelo normativo apresentado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, o qual reconhece que os direitos fundamentais exercem um papel de limitação do poder punitivo estatal. Isto é, o direito penal assume tanto a função de prevenção de delitos, quanto a função de prevenção das penas arbitrárias, haja vista que não se admite no modelo garantista a imposição de pena sem que haja a tipificação de um delito por lei e que este realmente se faça necessário (exista necessidade de sua proibição e punição). Confira-se:

A proibição e a ameaça penal protegem as possíveis partes ofendidas contra os delitos, enquanto o juízo e a imposição da pena protegem, por paradoxal que possa parecer, os réus (e os inocentes de quem se suspeita como réus) contra as vinganças e outras reações mais severas³⁷.

Nesse sentido, no processo de criminalização só devem alcançar a dignidade penal os bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. Não obstante, torna-se cada vez mais frequente questionamentos a respeito de quando e quanto o legislador deverá intervir para assinalar o castigo penal a uma conduta humana ofensiva que lese ou exponha a perigo um bem jurídico que se reveste de dignidade jusfundamental, conforme demonstrar-se-á adiante.

2.1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA TENTATIVA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hodiernamente, são diversos os motivos e os fundamentos das causas de expansão do direito penal, havendo, inclusive, quem defenda a existência de delitos nos quais não haveria bem jurídico, mas simples regulação normativa. Bechara aponta que:

A partir da década de 1970 – e de forma acelerada desde os acontecimentos do 11 de Setembro de 2001 – produz-se uma marcada transformação no Direito Penal em geral, que resulta no agravamento da intervenção estatal, em busca do pretenso benefício à segurança pública. Por meio do abandono da tradicional relação entre liberalismo e política criminal restritiva, bem como da modificação na consideração das funções do Estado, desponta uma concepção neoliberalista na tentativa de justificar a expansão e o aumento do rigor penal. As tendências político-criminais intervencionistas fundam-se primordialmente na assunção de uma distinção – como se isso fosse possível – entre cidadãos “de bem” e os delinquentes, deixando de lado o modelo ilustrado, que confere direitos e deveres iguais aos indivíduos. No novo

37 FERRAJOLI, 2002, p. 335.

contexto proposto, o Direito Penal deixa de ser visto como sistema de proteção dos direitos do agente para converter-se primordialmente em meio de combate ao crime. O resultado desse processo é a passagem de uma prevenção preocupada com seus limites a uma prevenção geral positiva identificada com a eficiência, embora tal expectativa seja continuamente frustrada em razão do aumento da criminalidade. Desse modo, tem-se na atualidade a existência de um novo perfil da intervenção penal, a ensejar mudanças no debate sobre sua legitimidade. Se até pouco tempo a discussão acerca das fronteiras do Direito Penal transitava no âmbito da relação dialética entre propostas abolicionistas e reducionistas, no marco de uma denominada modernização passa-se a operar sobre o binômio reducionismo *versus* expansionismo, levando, inclusive, à modificação de princípios e elementos penais fundamentais, tais como o próprio conteúdo do bem jurídico, que se desmaterializa e vê ameaçada, conseqüentemente, sua função crítica³⁸.

Isso se deve, conforme muito bem apontado pelo professor Silva Sánchez, em sua obra **“A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”**, às seguintes causas: i) o surgimento de novos interesses; ii) o aparecimento de novos riscos; iii) a institucionalização da segurança; iv) a sensação social de insegurança; v) a identificação da maioria como a vítima do delito; vi) o descrédito nas instâncias não penais de proteção de bens jurídicos; vii) os gestores atípicos da moral; viii) a atitude da esquerda política; e, ainda, um fator colateral ix) o gerencialismo (que será mais bem tratado posteriormente).

Em verdade, os referidos fatores apresentados por Silva Sánchez guardam estrita conexão com algumas teorias criminológicas que surgiram ao longo da história na tentativa de se explicar essa relação entre crime, criminoso, vítima e controle social. Sendo assim, a um só tempo, buscar-se-á correlacionar os nove fatores que motivaram a expansão do direito penal com as teorias criminológicas que buscam examinar a referida relação a partir de outras dimensões.

Durkheim já dizia que o crime é normal e inerente a qualquer sociedade. Com o poder de síntese que lhe é próprio, Sérgio Salomão Schecaira explica que (para Durkheim) o crime cumprirá a função de estabelecer os limites morais de uma determinada sociedade. Dentro dessa perspectiva, o crime terá uma acepção positiva, pois o delito permitirá que essa sociedade se aprimore e evolua definindo quais são exatamente os seus limites morais. Ao final, relembra que (para Durkheim) as classes mais pobres teriam uma maior propensão à prática de crimes, uma vez que estão colocadas em uma situação de desordem social, razão

38 BECHARA, 2014, p. 206.

pela qual a anomia irá se verificar dentro desses contextos de bens escassos de uma sociedade agônica na luta pela sobrevivência, por isso essas classes mais desfavorecidas seriam propensas à prática criminosa³⁹.

Por outro lado, quanto ao surgimento dos novos interesses, Silva Sánchez parte do pressuposto de que o direito penal é um instrumento qualificado (em virtude da natureza excepcionalmente grave pela qual atua) de proteção de bens jurídicos, reconhecendo claramente que o objeto do direito penal é, de fato, a tutela desses bens⁴⁰. Tendo essa circunstância como ponto de partida, é mandatório perceber que, num primeiro ponto, o processo de expansão, crescimento e inflação do direito penal está diretamente ligado ao surgimento de novos bens jurídico-penais que demandam tutela. Sob essa perspectiva, o Direito Penal avançaria na identificação de bens jurídicos caros a sociedade, protegendo-os a partir da tipificação de condutas que os violem.

Isto é, deve-se ter em mente o que se segue: à medida que concebemos o direito penal como um instrumento de proteção qualificada de bens jurídicos, o surgimento de novos bens (ou, eventualmente, a atribuição de maior importância aos antigos), como uma consequência inelutável, redundará em uma maior quantidade de objetos a serem protegidos e, dessa forma, muito mais presença e atuação se poderão exigir da ferramenta normativa correspondente. Em sentido contrário, não é correto dizer que, quanto menos bens jurídicos, menos presente estará o direito penal, porquanto outros sistemas de fato punível optaram por esvaziar a categoria dos bens jurídicos – a exemplo de Jakobs e Amelung, os quais preferiram dar mais importância à teoria da danosidade social do que à teoria do bem jurídico, sem que isso viesse acompanhado de uma redução dos processos de criminalização.

Dessa forma, Silva Sánchez defende que esses novos interesses decorrem, embora não exclusivamente, da: i) *“a conformação ou generalização de novas realidades que até então não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas”*, assim como da ii) *“deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente”*⁴¹.

39 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 194 e ss.

40 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 33.

41 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 33

Exemplifica-se a partir do seguinte caso concreto: desde o ano de 1987, encontra-se em vigor a Lei n. 7.643/87 que tipificou como crime a seguinte conduta: “*fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras*”, estabelecendo no preceito secundário a pena de reclusão de 2 a 5 anos.

Como se sabe, os cetáceos são os mamíferos aquáticos como as baleias e os golfinhos. De acordo com o dicionário eletrônico Priberam, ‘molestar’ significa incomodar, atormentar, perseguir e, até mesmo, “*fazer tentativas inoportunas de aproximação sexual*”⁴². Ocorre que, em meados de 2018, ganhou repercussão nacional a notícia de que um homem foi preso em flagrante pelo crime de estupro por ter, dentro de um ônibus, se masturbado e ejaculado no pescoço de uma mulher⁴³.

Houve, na época, grande repercussão, especialmente porque o agente foi posto em liberdade, tão logo que possível, sob o argumento de que não se tratava de estupro, mas de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei de Contravenções Penais), o que não autorizava, isoladamente, a decretação da prisão preventiva (art. 313 do CPP).

A decisão gerou intenso debate sobre a correta tipificação da conduta praticada, ou seja, se efetivamente se tratava de infração de menor potencial ofensivo ou se havia o crime hediondo de estupro. Nesse contexto, foi promulgada, em tempo recorde, a Lei n. 13.718/18 que: i) tipificou os crimes de “*importunação sexual*”, cujo preceito secundário é pena de reclusão de 1 a 5 anos, e de “*divulgação de cena de estupro*”; ii) alterou para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; iii) estabeleceu causas de aumento de pena para esses crimes; e iv) criou causas de aumento de pena referente ao “*estupro coletivo e corretivo*”.

Com efeito, pode-se dizer que há muito tempo já havia a tutela do bem jurídico da “*dignidade sexual*” / “*liberdade sexual*” de pessoas (no âmbito do Código Penal), havendo, inclusive, proteção de forma específica para os animais mamíferos aquáticos com penas significantes desde o início (previstas na Lei n. 7.643/87). Entretanto, somente em 2018, houve a reformulação no âmbito penal a fim de tipificar a conduta de “*importunação sexual*”

42 PRIBERAM, “molestar”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [e-book], 2020.

43 MOLINA, FERNANDO. Homem é preso após ejacular em passageira dentro de ônibus no ES. UOL, [S. l.], p. 1-3, 26 out. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/10/26/homem-e-preso-apos-ejacular-em-passageira-dentro-de-onibus-no-es.htm>. Acesso em: 20 jan. 2022.

praticada em face de pessoas e, agora, não apenas de animais, diante da nova realidade que se apresentou.

Esse exemplo demonstra que: os aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais de uma sociedade produzem uma influência de enorme importância para a configuração dessas novas realidades, das quais não passará ao largo o direito penal. Ainda nesse caso específico, a “*Criminologia Feminista*” – após investigar e explicar as experiências, as identidades e a vitimização desse grupo de pessoas – formula novas demandas para a reforma legislativa sobre as leis de estupro, violência doméstica e casamento, as quais contemplam a construção em conjunto de prioridades para a ação feminista. Além disso, apresenta outros motivos como verdadeiras causas para a tardia alteração legislativa, a exemplo da falta de paridade /desigualdade com os homens, o que justificaria a ausência de proteção, haja vista que os homens não sofreriam assédio nas mesmas proporções que as mulheres⁴⁴.

Além desse caso específico, com a particularidade que lhe é própria, pode-se citar a dinâmica política das configurações da sociedade pós-industrial, com os atuais delineamentos dos modos de produção e de circulação de bens e de mercadorias, o surgimento dos riscos, a expansão das novas tecnologias, os processos de globalização, dentre outros, os quais, inclusive, fomentam o consumismo e a cultura do consumo.

Nessa perspectiva, desenvolveram-se outras teorias, dentro da perspectiva das teorias do conflito, sustentando que a sociedade exclui o indivíduo não-consumidor do seu âmbito de proteção e o introduz no sistema penal, que na sua atividade de seleção, atuará com o máximo vigor sobre a pessoa rotulada, etiquetando-a. Ao passo que as instâncias formais de controle atuariam *supostamente* para proteger o cidadão (consumidor).

Ou seja, o sistema penal seria seletivo, haja vista que os ricos e poderosos possuem muitas alternativas para não serem responsabilizados e aqueles que seriam pobres e impotentes teriam poucas alternativas. Refere-se, portanto, a “*Teoria do Labeling Approach*”,

44 Kerry Carrington explica que “Hoje, existem revistas dedicadas à publicação de estudos feministas em criminologia, incluindo, *Feminist Criminology*, *Violence Against Women*, *The Australian Feminist Law Journal*, *Gender and Violence* e *Women and Criminal Justice*. Um número expressivo de livros também apareceram na imprensa como *Routledge International Handbook of Crime and Gender Studies* (2013) e *The Oxford Handbook of Sex, Gender and Crime* (2014). Esta é uma indicação sólida do sucesso, profundidade e amplitude de pesquisas sobre gênero, crime e justiça criminal – um sucesso ‘inimaginável se retornarmos cinquenta anos atrás’ (McCarthy e Gartner, 2014: 15). No entanto, nem todo esse trabalho é feminista, pois a pesquisa feminista é ‘fundamentalmente de gênero’ (Renzetti, 2013: 13), quando foca em como a agressão, a vitimização e as respostas sociais e institucionais ao crime – em nível da organização social, ação social e de como as agências institucionais trabalham a subjetividade”. CARRINGTON, Kerry. *Criminologias Feministas*. In: CARLEN, Pat. (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre : Canal Ciências Criminais, 2017. p. 133 e ss.

para a qual o crime passa a ser analisado não como um dado em si ou um fato pronto, mas como produto de uma construção social. Inclusive, modifica-se o enfoque, passando a analisar o processo de criminalização, ao invés do crime ou do criminoso, pelas terminologias do *desvio* e do *desviante*, posto que é perfeitamente possível, dentro dessa concepção, que um sujeito seja olhado como desviante sem que nunca tenha praticado um crime⁴⁵.

Em continuidade, a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, conforme apontado por Silva Sánchez, fez com que os bens jurídicos – que, tradicionalmente, sempre se mostraram suficientemente capazes de atender as necessidades sociais e de serem explorados sem grandes preocupações – passassem a ser enxergados como potencialmente escassos em razão do passar dos anos⁴⁶.

Tal como exemplificado por Silva Sánchez, destaca-se o meio ambiente como “novo interesse” (novo bem jurídico) de proteção penal. Nessa perspectiva, ganha notoriedade o que se conhece por “Criminologia Verde”⁴⁷. Ou seja, o meio ambiente (o que também se vislumbra com relação a outros bens jurídicos de natureza transindividual) não é, em fato, uma nova realidade, mas, em verdade, uma realidade tradicionalmente abundante, que ao passar do tempo, em razão de seu consumo excessivo (este sim, o consumo excessivo dos bens jurídicos de natureza transindividual, é possível alocarmos como o surgimento de uma

45 A teoria do *Labelling Approach* ou Interacionismo Simbólico possuem como expoentes os professores Erving Goffman e Howard Becker

46 SILVA SÁNCHEZ, 2013. p. 35.

47 “A Criminologia Verde fez florescer uma série de discursos críticos que examinam as preocupações ambientais dentro das noções de poder, danos e justiça. Desde o seu surgimento, no final da década de 1980, os discursos de “ecologização” da criminologia empresarial adotaram vários termos e nomenclatura em uma tentativa de aproveitar e capturar a evolução dos debates. Como resultado, nós temos presenciado o uso de “Criminologia Verde” (Lynch 1990), “Eco-crítica criminológica” (Seis 1993), “Criminologia da conversação”² (Herbig e Joubert, 2006), e “Criminologia Eco-Global” (White 2011), todas usadas em várias formas entrelaçadas para investigar a exploração estatal e empresarial do meio ambiente para o poder e o lucro. Houve também tentativas de White (2008) para recuperar o termo “criminologia ambiental” do trabalho existente sobre “mapeamento da criminalidade” ou mapeamento da ocorrência espacial e geográfica de crimes registrados (Bottoms e Wiles 2003; Wortley et al. 2008); entretanto, um consenso tácito se estabeleceu entre os estudiosos que “criminologia verde” é o termo geral preferido para esta narrativa crítica que explora os danos contra o meio ambiente (Hall 2015). Debates similares ocorreram em relação ao tema da criminologia verde, Assim, termos como “crime verde”, “crime ambiental”, “crimes contra o meio ambiente”, “dano verde” e “crime ecológico” são utilizados, muitas vezes de forma intercambiável (Sollund 2015). As vozes contrárias à criminologia verde têm sido poucas. Contudo, em 2004, Mark Halsey publicou seu perspicaz e provocativo artigo “Contra a Criminologia Verde” no *British Journal of Criminology*. Sua crítica focou mais na veracidade e utilidade do rótulo “crime ambiental” do que em desmerecer a vertente dedicada de pensamento criminológico. Dito isso, ele desafiou os criminólogos verdes a reconfigurar noções de natureza dentro dos mais amplos discursos filosóficos e epistemológicos e abandonou o termo verde “porque ele não captura adequadamente a intersubjetividade, a intergeracional, ou processos interecossistêmicos que se combinam para processar os cenários de danos” (Halsey:2004:835)”. WALTERS, Reece. Criminologias Verdes. In: CARLEN, Pat. (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 202 e 203.

nova realidade) passa a ser objeto de uma reformulação do âmbito de proteção pelo direito penal. Incremento essencial de valor de certas realidades: aqui, tem-se uma guinada de perspectiva de alguns bens jurídicos tradicionalmente esquecidos e relegados, como o patrimônio artístico e cultural.

Sendo assim, o surgimento de novos interesses (o que mais se parece com uma reavaliação destes), aptos a justificar a expansão do âmbito do direito penal, ainda é comumente atrelado à (re)descoberta dos bens jurídicos transindividuais, embora não haja consenso doutrinário acerca de quais efetivamente mereçam a proteção penal, nem em que exata medida, ante sua indeterminabilidade.

Bechara pontua que: *“embora o debate (Direito e moral) tenha sido substituído a partir da década de 1960 por um referencial político, tal discussão, especificamente em relação a teoria do bem jurídico, foi retomada sob novas vestes”*, sendo que:

No debate atual sobre os limites da intervenção penal em novos âmbitos, ganham destaque as tentativas de incorporação no ordenamento jurídico-penal de delitos sem vítimas, voltados à proteção de valores, surgindo o questionamento acerca do caráter moralista de tais criminalizações. A esse ponto, é importante observar que a proteção de valores não leva, de forma absoluta, à consideração da norma como moralista e, assim ilegítima. Na verdade a crítica ao moralismo do Direito Penal deve-se direcionar-se às normas que pretendam proteger valores por si mesmos, sem o necessário referencial do bem jurídico. Nessa linha, surge o questionamento de diversas figuras voltadas à tutela da moralidade, do bem comum, de sentimentos ou do ordenamento ético, em razão de ser impossível, nesses casos, a determinação de um interesse humano digno de proteção a justificar e delimitar a intervenção penal⁴⁸.

De igual forma, pode-se encontrar outros exemplos corriqueiros dessa expansão da tutela penal de bens jurídicos transindividuais, na ordem jurídica brasileira atual, a saber: (i) na lei de crimes ambientais (Lei n. 9.605/98), há uma expansão do âmbito de abrangência do direito penal de maneira amplíssima, possibilitando, inclusive, a imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas que pratiquem os fatos nela tipificados⁴⁹; (ii) na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86), que ao tutelar o bem jurídico da “regularidade do sistema financeiro nacional” tipificou a conduta de *“realizar gestão temerária (dolosamente arriscada, manifestamente imprudente) de instituições*

48 BECHARA, 2014, p. 312.

49 Lei nº 9.605/1998, art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 12/03/2022.

financeiras”⁵⁰, ocasionando risco de lesão a bens jurídicos transindividuais. Esse tipo penal, inclusive, dada a sua ampla vagueza e abertura, é muito bem representativo dessa tendência; e, por fim, destaca-se a (iii) lei antiterrorismo (Lei n. 13.260/16) que, sob o argumento de proteção da “estabilidade do Estado”, mostra-se clarividente forma de antecipação da tutela penal, ampliando a criminalização já a partir dos atos preparatórios para o terrorismo⁵¹.

Em continuidade, o professor Jesús Maria Silva Sánchez também trabalha com a ideia do efetivo aparecimento de novos riscos – que foi brevemente tangenciada acima –, cujo ponto de partida consiste na difusão dos trabalhos em sociologia de Ulrich Beck (notadamente o “Sociedade de risco”)⁵².

Como visto, o modelo de vida pós-industrial da sociedade se caracteriza como um modelo de “sociedade do risco” ou de “sociedade de riscos” (riscos no mais das vezes provenientes das próprias decisões de outros seres humanos – risco de procedência humana como fenômeno social estrutural – e também de campos do conhecimento como as relações de consumo, de serviços públicos, da biologia, da genética, da energia nuclear, da informática etc.), as quais são configuradas, sobretudo, por um âmbito econômico rapidamente variante/mutável/dinâmico, pelos avanços tecnológicos, por uma configuração econômica particular, dentre outras circunstâncias⁵³. E acrescenta:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados). Mas é, ainda assim, fundamental – e, dependente do ponto de vista, mais ainda que no âmbito das formas intencionais de delinquência – a incidência dessas novas técnicas na configuração do âmbito

50 Lei nº 7.492/1986, Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena- Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em: 12/03/2022.

51 Lei nº 13.260/2016, art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. § 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo: I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm. Acesso em 12/03/2022.

52 SILVA SÁNCHEZ, 2013. p. 35

53 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 35

da delinquência não intencional (no que, desde logo, é secundária sua qualificação como dolosa eventual ou culposa). Isto é, as consequências lesivas da falha técnica, que aparecem como um problema central nesse modelo, no qual se parte de que certo porcentual de acidentes graves resulta inevitável à vista da complexidade dos desenhos técnicos. Assim, se trata de decidir, entre outras coisas, a questão crucial dos critérios de localização das ‘falhas técnicas’, ou no âmbito do risco penalmente relevante, ou no âmbito do risco permitido⁵⁴.

Isto é, o fortalecimento do chamado “direito penal do risco” tem como consequência estrutural a antecipação da tutela jurídica – vejamos, por exemplo, a proliferação dos crimes de perigo abstrato, dos crimes de atentado/empreendimento (aqueles aos quais o legislador comina a mesma pena tanto em caso de tentativa quanto em caso de consumação do resultado típico proibido), da criminalização de atos preparatórios por tipicidade autônoma etc – e uma nova concepção sobre os limites do direito penal, sobretudo aqueles relativos ao seu momento de incidência.

Diante disso, ganham relevo as tendências preventivistas da pena, para as quais a função da incidência do poder punitivo é, acima de todas as coisas, impedir, *ex ante*, a ocorrência de lesões a bens jurídicos tutelados pela norma, e não a pura retribuição. Pode-se, portanto, resumir as consequências dogmáticas do aparecimento de novos riscos: *i*) a proliferação dos crimes de perigo abstrato; *ii*) a proliferação dos crimes de atentado/empreendimento; e *iii*) a criminalização de atos preparatórios por tipicidade autônoma e *iv*) a criminalização de lesão a bens jurídicos coletivos⁵⁵.

Por outro lado, não há como desprezar que a noção de risco desempenha uma função primordial para o desenvolvimento de novas técnicas de controle da criminalidade, sendo que, em vez de direcionar todas as forças para a resolução de crimes ocasionais, passou-se a focar na adoção de práticas de vigilância constantes, o que, verdadeiramente, contribuiria para a redução do comportamento criminoso. Nesse sentido, na busca pelo controle (combate) da criminalidade, emergiram-se políticas criminais que tendem ao endurecimento penal, a

54 SILVA SÁNCHEZ, 2013 p. 36-37.

55 Cita-se, inclusive, a prática (já frequente nos dias de hoje) de grupos de *Hackers* que espalham vírus do tipo “ransomware” – que impede os usuários de acessarem seu sistema ou arquivos pessoais e exige o pagamento do resgate (ransom) para recuperar o acesso –, o que tem prejudicado tanto grandes corporações privadas quanto órgãos dos entes públicos. In CAMPOREZ, Patrick; VALFRÉ, Vinicius. Hackers atacam TRF-1, capturam dados e comemoram com imagem de “diabo”. ESTADÃO, [S. l.], p. 1-3, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/hackers-atacam-trf-1-vazam-dados-na-rede-e-comemoram-com-imagem-de-diabo/>. Acesso em: 20 jan. 2022; e CARVALHO, Bruna. Depois do Ministério da Saúde, hackers atacam site da Câmara do Rio. CNN Brasil, [S. l.], p. 1-3, 13 dez. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/depois-do-ministerio-da-saude-hackers-atacam-site-da-camara-do-rio/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

exemplo do movimento da "lei e ordem", também conhecido por “tolerância zero”, e justificado pela “Teoria das Janelas Quebradas” – de Rudolph Giuliani – ou também chamadas de “Broken Windows Theory”, para a qual faz-se necessário punir com muito rigor as condutas aparentemente mais brandas e mais leves como forma de evitar uma criminalidade mais grave⁵⁶.

Retomando, com relação à institucionalização da insegurança e à sensação social de insegurança, anota-se que a sociedade pós-industrial é, além de uma sociedade de riscos, uma sociedade de objetiva insegurança, permeada por fatores de incerteza na vida social. Nesse sentido, Silva Sánchez assinala que:

(...) estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido)⁵⁷.

Nesse caso, fala-se em uma insegurança em sentido objetivo, apta a designar a interdependência recíproca de sujeitos sociais e de necessidades de condutas positivas de contenção de riscos.

Essa grande complexidade social, somada aos “*fatores de incerteza na vida social*”, dará azo à institucionalização dessa insegurança por meio do direito penal, em uma franca crença no sentido de que o aparato punitivo do Estado seria mecanismo idôneo para conter a insegurança e prover a segurança. Cita-se, como exemplo, a perversidade da mídia, na qual as imagens do crime e de seus controles estão se tornando quase tão “reais” quanto os próprios crimes e, ao final, acabam por orientar a opinião popular e as políticas públicas a partir da fabricação do medo; afetando as vidas daqueles que estão envolvidos ou são ignorados. Hoje, tal fenômeno é conhecido por “vitimização quaternária”, para o qual os veículos de comunicação – ao se portarem de maneira tendenciosa sobre os fatos criminosos e espetaculizarem o direito penal – incutem na população a sensação de insegurança.

56 SHECAIRA, 2018, 141 e ss.

57 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 86.

Essa grande insegurança fundamenta, em último grau, a criminalização dos fatos de perigo (ou também designado como “*criminalidade das massas*”), convergindo, assim, nas palavras de Sánchez “*para os movimentos como o de ‘lei e ordem’*”, conforme explicado anteriormente⁵⁸. Ainda nesse contexto, a cada dia se torna mais frequente o fato de que:

As pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade – a da economia do conhecimento – caracterizada pela avalanche de informações. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza⁵⁹.

Igualmente relevante para o processo de expansão do direito penal é a insegurança em sua dimensão subjetiva. Parte da doutrina chega inclusive a se utilizar da terminologia insegurança sentida (ou sensação social de insegurança ou sociedade do medo) para designar essa dimensão subjetiva. Em resumo, a insegurança objetiva pode ser definida como a real e existente interdependência recíproca de sujeitos sociais nas configurações atuais da sociedade e de necessidades de condutas positivas de contenção de riscos efetivos a bens jurídico-penais. Por sua vez, a insegurança subjetiva consiste na “sensação de insegurança”, “insegurança sentida” ou “sociedade de medo”. Sánchez assevera que:

À sensação de insegurança se soma, pois, em nosso modelo social, a existência de um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de uma “culpa sua” ou que, simplesmente, corresponda ao azar. Parte-se do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas consequências, patrimoniais e/ou penais. A isso se tem referido com o significativo termo *Zurechnungsexpansion*, isto é, a expansão da imputação de responsabilidade como característica cultural da sociedade contemporânea. A vítima sempre se pergunta por um responsável, ainda que seja certo que às vezes a resposta é que “ninguém é responsável”. É verdade que, em princípio, não cabe falar em responsabilidade sem capacidade de ação e conhecimento pode fundamentar a responsabilidade, que é uma questão moral e, como tal, de dever. (...)

Há que encontrar um responsável para tudo, começando pelo mais absurdo, a morte (...). Como se a evolução da sociedade democrática recuperasse a ideia de que nenhuma morte é natural e que, se não é possível atribuí-la a uma vontade positiva, sempre se pode imputá-la a uma negligência⁶⁰.

Como visto, todas as circunstâncias mencionadas, contribuem para uma transposição das pretensões do direito administrativo para o direito penal. A segurança assume feições de

58 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 40.

59 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 40.

60 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 60.

uma pretensão social a que o Estado se utilize do poder punitivo como forma preferencial de contenção de riscos, em virtude da expressiva força bruta da qual este é dotado. Sánchez ainda explica que:

A solução para a insegurança, ademais não se busca em seu, digamos, “lugar natural” clássico – o direito de polícia –, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização”.

(...)

E é fato que em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e, entre eles, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal malgré lui a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade⁶¹.

É nesse contexto, portanto, que as garantias tradicionais do direito penal clássico são tidas por excessivamente rígidas e, ante tudo o que já se disse até aqui, inúteis para que o direito penal desempenhe a função que lhe é efetivamente atribuída: a redução das inseguranças mediante a proteção qualificada dos bens jurídico-penais. É nesse sentido que apregoa-se a flexibilização das garantias do direito penal clássico a partir de um ideal utilitarista e pragmático.

Por outro lado, outro fenômeno apontado para a expansão do âmbito de incidência do direito penal, igualmente relacionado com os aspectos anteriormente mencionados, está consubstanciado na identificação geral com a vítima do delito.

O fenômeno da identificação com a vítima conduz também, no panorama proposto por alguns autores, a entender a própria instituição da pena como mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito (...). o raciocínio é o seguinte: já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. No cumprimento dessa dívida, além disso, somente as penas de prisão e multa cumprem a desejada função simbólica. A pena – se afirma – significa muito para a vítima. Não porque satisfaça necessidades de vingança, pois na maioria dos casos não o faz. Senão porque a pena manifesta solidariedade do grupo social para com a vítima. A pena deixa fora o autor e, assim, reintegra a vítima.

61 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 51/52.

(...) E a nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos. Pois bem, em um momento cultural em que a referida criminalidade dos poderosos preside a discussão doutrinária, e também a atividade dos tribunais que transcende por intermédio do *mas media* e, portanto, a representação social do delito, é seguramente compreensível que a maioria se incline a contemplar-se a si mesma mais como vítima potencial do que como autor potencial⁶².

Tem-se, nessa perspectiva, um ideário de transcendência intersubjetiva dos crimes e cria-se, no imaginário coletivo, a noção de que, uma vez praticado o fato punível pelo autor, toda a coletividade é o seu sujeito passivo. Inclusive, Hanna Arendt reprisa tal ideia ao lembrar do episódio do julgamento de Eichmann, afirmando que:

Os processos criminais, uma vez que são obrigatórios, e devem ser iniciados mesmo que a vítima prefira perdoar e esquecer, repousam em leis cuja “essência” – para citar Telford Taylor, escrevendo no New York Times Magazine - “*é que o crime não é cometido só contra a vítima, mas primordialmente contra a sociedade cuja lei é violada*”. O malfeitor é levado à justiça porque seu ato perturbou e expôs a grave risco a comunidade como um todo, e não porque, como nos processos civis, indivíduos foram prejudicados e têm direito à compensação. A compensação efetivada nos casos criminais é de natureza inteiramente diferente: é o corpo político em si que exige “compensação”, e é a ordem pública que foi tirada de prumo e tem de ser restaurada, por assim dizer. Em outras palavras, é a lei, não a vítima, que deve prevalecer⁶³.

Portanto, os tópicos acima mencionados conduzem-nos ao pensamento de que mecanismos extrapenais de resolução de conflitos – como o direito administrativo sancionador, o direito civil e mesmo instâncias extrajurídicas, como a ética social e os valores morais –, no paradigma das sociedades atuais, gozam de um acentuado descrédito/desprestígio⁶⁴, ou, pelo menos, não serão aceitos em substituição ao Direito Penal. Isso porque os mecanismos extrajurídicos negam que a ética social e os valores morais possam funcionar como um instrumento adequado de proteção de bens jurídicos. Tal fato se dá, de acordo com o entendimento de Silva Sánchez, em razão da ausência de uma ética social mínima, que torna imprevisíveis as condutas alheias em razão da perda de pontos de referência/perda de pontos de orientação extrajurídica de condutas. Tem-se, assim, a

62 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 68.

63 ARENDT, Hannah. Eichmman em Jerusalém; tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 283.

64 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 75.

impossibilidade de que as sociedades modernas funcionem como instâncias autônomas de moralização e/ou de criação de ética social⁶⁵.

E, ao lado dos mecanismos extrajurídicos como a moral e a ética, o direito civil, por não se consubstanciar em um modelo de mecanismo tipicamente punitivo – mas eminentemente reparador ou ressarcitório – de imposição de sanção por reprovação de condutas mal valoradas, mostra-se também esvaziado à frente da dinâmica jurídica das novas configurações de sociedade, que, como já vimos, demandam a incidência do braço punitivo do Estado⁶⁶. De igual forma, o direito administrativo se mostrará ineficaz para desempenhar as funções atribuídas ao direito penal, sobretudo em razão de sua inegável burocratização e do descrédito em relação aos instrumentos de proteção de bens jurídicos típicos desse setor da disciplina do Direito⁶⁷.

2.2 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Diante da impossibilidade de substituição total do Direito Penal ou também conhecido por “abolicionismo penal”, o professor Jesús-Maria Silva Sánchez formula caminhos a serem percorridos pelo direito penal moderno no seu processo de expansão, haja vista que, hodiernamente, há uma inegável expansão de seu âmbito que provocou alterações substanciais nas perspectivas dogmáticas e político criminais da teoria do bem jurídico. Como trabalhado anteriormente, pode-se apontar essa nova tendência como resultado do: i) surgimento de novos bens jurídico-penais; ii) da (re)valorização de bens jurídicos que – apesar de já existirem – não eram objeto de interesse do direito penal; e iii) das novas tendências preventivas do chamado “direito penal do risco”.

Embora se manifeste contrariamente ao expansionismo penal, Silva Sánchez entende que o fenômeno é inevitável (não é algo que se possa simplesmente voltar atrás). Nesse ponto, parece que tal afirmação guarda similitude com o que os ensinamentos apresentados pelo professor Lopes Jr. ao prelecionar que “*somos abolicionistas utópicos e garantistas tópicos*”, explicando que:

Por ora, parece-se nos que o abolicionismo – através de suas diversas teorias – é utópico (sem embargo de ser uma valiosíssima contribuição na

65 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 81.

66 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 77.

67 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 79.

necessária crítica ao sistema penal) principalmente nos pobres países da América Latina. Adequada é a consagrada expressão de Alessandro Baratta para o abolicionismo: utopia orientadora. Estamos, assim, com Salo de Carvalho (Penas e Garantias, pp. 284 e ss) quando afirma que a opção pelo garantismo advém do fato de entendermos inviável politicamente o discurso abolicionista. No interior do modelo econômico transnacional neoliberal, que propugna um Estado (social) mínimo, potencializando o penal carcerário (Estado penal máximo), o garantismo se coloca como paradigma de resistência política. Não podemos olvidar, também, que as teorias abolicionistas foram criadas a partir da realidade totalmente distinta da realidade marginal latino-americana. Mas não nos compreendam (incluindo Salo) erroneamente, pois nossa posição está muito longe de demonizar tais doutrinas)⁶⁸.

Diante disso, Silva Sánchez defende que a pena de prisão somente deva existir para os crimes de perigo real que atingissem bens jurídicos individuais, com a inexistência de flexibilização nos critérios clássicos de imputação e de garantia. Por sua vez, os delitos de perigo presumido e de acumulação e supraindividuais, que não causem danos reais aos bens individuais, não deveriam ser punidos com pena privativa de liberdade⁶⁹.

Partindo-se do pressuposto de que não é verdadeiro que, em todo sistema de direito penal (ou de direito público sancionador em sentido amplo, englobando também o direito administrativo), deva haver o mesmo sistema de imputação de responsabilidade (as mesmas garantias, os mesmos critérios etc.), mas, em realidade, cada sistema deve estar orientado de acordo com a sua respectiva teleologia, é possível afirmar que, a depender do objeto final de cada sistema penal, o direito penal terá configurações distintas. É nesse contexto que surgem as chamadas “velocidades” do direito penal criadas pelo professor Jesus-Maria Silva Sánchez que as dividiu em três.

A primeira velocidade, consubstanciada na configuração do direito penal liberal, centra-se na proteção dos bens jurídicos penais mais essenciais à vida em comunidade e pautado, no que toca às regras de imputação, numa presença inegociável das garantias fundamentais do imputado. Ela é, portanto, caracterizada pela pena de prisão, razão pela qual deve-se seguir: (i) regras rígidas de imputação, (ii) de garantias processuais e (iii) de respeito aos princípios político-criminais (direito penal nuclear).

68 LOPES JR. Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002. p. 100.

69 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 147.

A segunda velocidade, consubstanciada na configuração relativa ao direito penal inflacionado, fruto dos fenômenos de expansão mencionados ao longo do trabalho. Isto é, a segunda velocidade é caracterizada pela flexibilização das regras de imputação, garantias processuais e princípios político-criminais, com tutela de novos riscos sociais, ou seja, proteção principal de bens jurídicos supraindividuais, com antecipação da tutela penal com a tipificação dos crimes de perigo presumido e crimes de acumulação, com o uso de penas restritivas de direitos e pecuniárias sem possibilidade de pena de prisão. O sistema, portanto, é menos rigoroso no que toca ao respeito e à rigidez dos critérios de imputação de responsabilidade penal, mas, em contrapartida, a consequência jurídica do ilícito é menos grave, e não predomina a privação da liberdade, mas medidas de naturezas diversas, menos agressivas⁷⁰. Fala-se aqui em zona periférica (Direito Penal Periférico).

Por fim, a terceira velocidade é representada pela pena de prisão (típica do direito penal de primeira velocidade), mas com as flexibilizações das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais (típicas do direito penal de segunda velocidade), o que estaria legitimado em razão da gravidade dos delitos mencionados⁷¹. Essa terceira velocidade se faz presente, atualmente, no direito penal socioeconômico, mas deveria ser reformulada para regredir à primeira ou à segunda velocidade. Isto é, há uma correlação à expressão máxima da expansão do direito penal e do aumento da repressão a graves delitos patrimoniais, a reiterados e violentos delitos sexuais, a delitos socioeconômicos, ao terrorismo, ao crime organizado e, agora, aos crimes contra o Estado Democrático de Direito⁷².

Esse direito penal de terceira velocidade é, geralmente, identificado com as propostas de direito penal do inimigo, que se fortaleceram e divulgaram a partir dos trabalhos do funcionalismo radical/sistêmico/monista do professor alemão Günther Jakobs. Confira-se:

Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira accidental. (...) As

70 HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho Penal, Valencia: Tirant-lo-blanc, 1989. p. 635

71 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 193.

72 Em defesa do Supremo Tribunal Federal e do regime democrático foram instaurados dois inquéritos: (a) o Inquérito n. 4.781, pelo próprio Presidente do STF, Min. Dias Toffoli; e (b) o Inquérito n. 4.828, a pedido da PGR. Registra-se que ambos foram instaurados para investigar atos considerados como antidemocráticos, mas receberam uma série de críticas que perpassam pela violação aos preceitos mais comezinhos, mais rudimentares do processo penal; como também a existência de uma série de ilegalidades.

características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais⁷³.

Como visto, o conceito de terceira velocidade do direito penal surgiu a partir da construção teórica do direito penal do inimigo. Eduardo Diniz explica que “*a ideia reitora do direito penal do inimigo é mesmo a de antecipação da reação penal como combate ou defesa aos perigos futuros, operando-se pela retirada das qualidades essenciais do indivíduo que lhe conferem o status personae*”⁷⁴. De igual forma, o jurista argentino Zaffaroni assevera que “*a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho*”⁷⁵. Convém, ainda, registrar o seguinte excerto da lição de Silva-Sánchez:

[...] não deve sobrar espaço algum para um Direito Penal de terceira velocidade? Isso já é mais discutível, se levamos em conta a existência, para não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada ou fenômeno como a criminalidade organizada e o terror últimos da sociedade constituída na forma de Estado. Sem negar que a terceira velocidade do direito penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável⁷⁶.

Dessa maneira, a adoção de um ou de outro modelo (1º ou 2º velocidade) exclusivamente mostrar-se-ia incorreta e, por via de consequência, propõe-se a coexistência dos sistemas, cada um com sua configuração, tendo-se sempre em conta qual a consequência jurídica imposta. Definitivamente, portanto, os modelos apresentados partem da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de “*vários Direitos Penais distintos*”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas.

73 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 194.

74 DINIZ, Eduardo Saad. Inimigo e pessoa no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 108.

75 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Inimigo do direito penal. Coleção Pensamento Criminológico, nº 14. Coedição: Instituto Carioca de Criminologia Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

76 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 194.

2.3 A CRISE DO ATUAL SISTEMA DE PENAS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Nesse ponto, Luigi Ferrajoli aponta que “*nas últimas décadas, o sistema de penas traçado na época das codificações entrou em profunda crise*”, apresentando como fatores para tanto: i) crescente ineficácia das técnicas processuais (dentre elas o uso excessivo do instituto das prisões cautelares); ii) a ação dos meios de comunicação; iii) a inflação do direito penal (como já retratado nos capítulos acima); iv) a mudança das formas de criminalidade (avanço do crime organizado e existência de uma microdelinquência difusa) e v) a mudança de paradigmas por parte da sociedade civil quanto à extensão das penas⁷⁷.

No entanto, esta crise é fruto da tendência de regular legalmente cada vez mais aspectos da ação humana, causando, nas palavras de Jesus-Maria Silva Sánchez, um “*efeito expansivo de proteção jurisdicional*”, para o qual o recurso final ao processo penal parece ter sido culturalmente normalizado em nossa sociedade, o que tem contribuído para a saturação da administração da justiça. Em resumo, aponta-se que a crise do processo penal decorre: (a) da morosidade no provimento jurisdicional; e (b) da extensa *inflação legislativa* que se reflete na sobrecarga típica de delitos e de suas respectivas sanções.

Como consequência, a autora Perulero García afirma que o atual modelo está moralmente quebrado, pois:

(...) não se revela justo, não previne ou protege, não intimida ou desencoraja, não reabilita, não integra ou ressocializa, não reeduca ou educa, raramente atende às necessidades de criminosos e vítimas. Todas essas ambições utilitárias do sistema punitivo foram praticamente abandonadas, sob o engodo de um propósito de infligir dano ao infrator⁷⁸.

De igual forma, assevera que a causa de influência no modelo atual é certo populismo punitivo, que preconiza penas mais severas e extensão na criminalização de condutas, tendência que parece não ter freio, além de ser incentivado por meio de comunicação. Esse modelo de litigância não é mais assumida pela atual administração da justiça, nem produz linhas de política criminal, nem os destinatários estão satisfeitos com seus resultados⁷⁹.

77 FERRAJOLI, 2002. p. 330.

78 PERULERO GARCÍA, Diana. Mecanismos de viabilidad para la mediación em el processo penal. In Soteldo Munoz, Helena. *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ambitos*. Ed. Tecnos. España, 2011. p. 453.

79 PERULERO GARCÍA, 2011. p. 453.

Evidentemente, esta crise não é exclusiva de um único país, mas situa-se em um contexto internacional, em que as deficiências do modelo atual refletem, dentre outros, na duração dos processos judiciais (provimento jurisdicional tardio), implicando que a reação social contra o infrator, ao impor a pena, tenha mais um sentido retributivo puro, do que uma orientação favorável à *reinserção social do apenado*, e, em consequência, o dano não é reparado, tanto o econômico, quanto moral.

Isso se deve, principalmente, pela lentidão no julgamento dos processos (dilação indevida) que prejudica os interesses do Estado, da vítima, da sociedade em geral e, inclusive, do acusado. Brandalise assevera que:

(...) não se pode analisar o andamento processual apenas sob o prisma estatal e coletivo. Há a necessidade de que seja ele visto sob a ótica daquele que enfrenta a acusação. Afinal, o processo penal vive o dilema entre a garantia dos direitos humanos e a eficiente repressão. Diz-se isso pelo fato de que a celeridade processual também é decorrência da presunção de inocência. O processo que tarda determina um sofrimento desnecessário ao arguido, compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social. Prejudica sua prova, determina sua estigmatização e, caso preso, interfere na concessão de sua liberdade. Não fosse tal suficiente, a estrutura judicial não está afastada da compreensão do custo existente para sua manutenção. Necessariamente, a solução das contendas em tempo útil serve para contemporizar estes dois extremos⁸⁰.

Afinal de contas, já dizia Rui Barbosa que “a *prestação jurisdicional tardia nada mais é do que uma injustiça travestida de justiça*”⁸¹. Prova disso, é o relatório da *Justiça em Números 2021*, publicado pelo CNJ⁸², no qual afere-se que, no ano de 2020: (a) ingressaram 2,2 milhões de casos novos criminais no Poder Judiciário, sendo que: (a.1) 1,9 milhão de novos casos criminais, sendo 1,2 milhão (63,2%) na fase de conhecimento de primeiro grau; 11 mil (0,6%) nas turmas recursais; 567,6 mil (29,3%) no segundo grau; e 133,4 mil (6,9%) nos Tribunais Superiores; e (a.2) 311,6 mil execuções penais; (b) a Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 65,6% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,1%; e (c) o tempo do

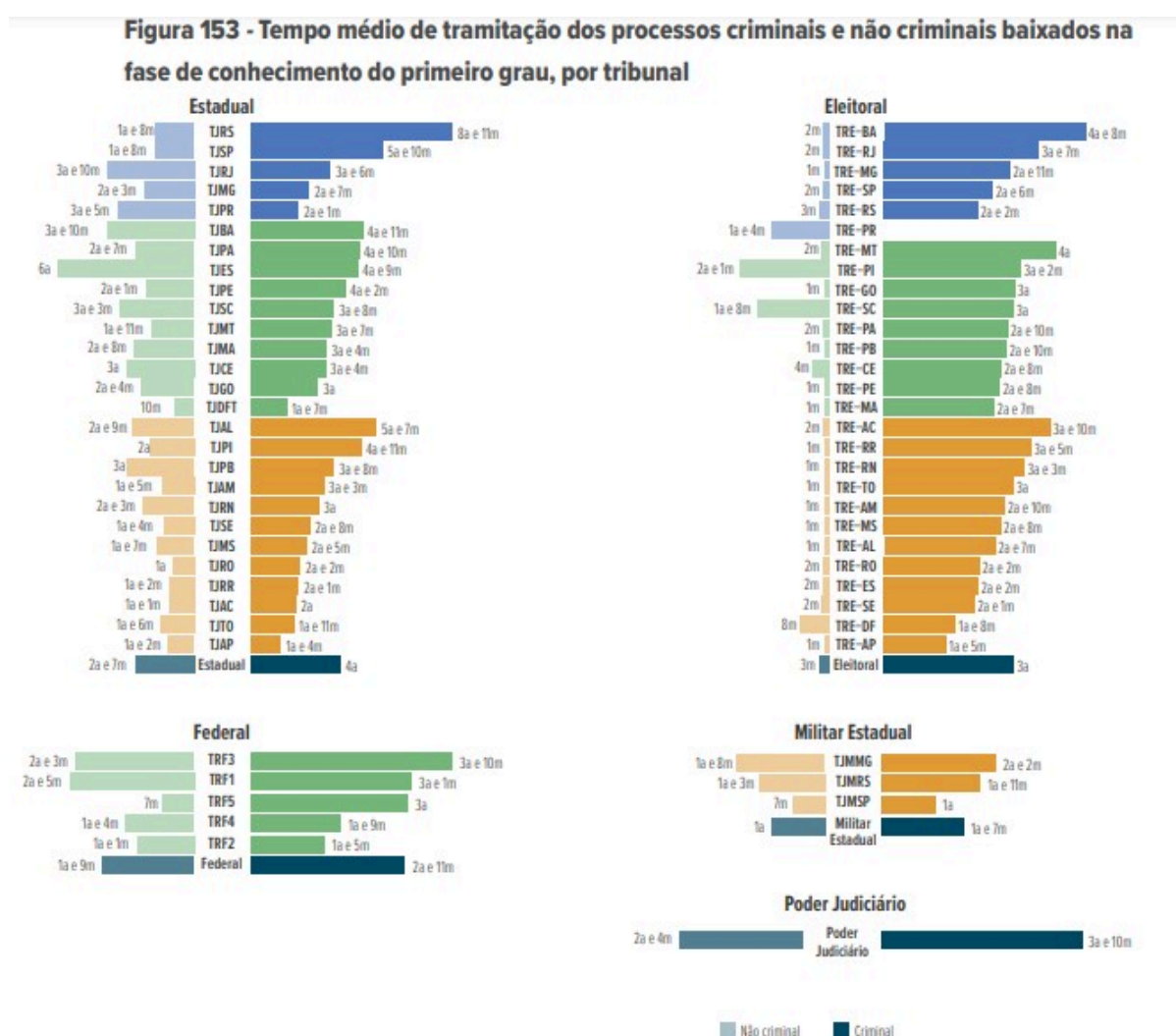
80 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 31

81 BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP, p. 29.

82 CNJ. *Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 20/01/2022.

processo criminal em 1º grau é maior que o do não criminal em todos os ramos da Justiça (Figura 153), o que torna evidente a íntima relação entre efetividade e duração razoável.

Isto é, enquanto na Justiça Estadual o tempo médio de tramitação de uma ação não criminal no 1º grau é de 2 anos e 7 meses, na esfera criminal, ela sobe para 4 anos. De igual forma, na Justiça Federal o 1º grau de jurisdição leva, em média, 1 ano e 9 meses para analisar um processo não criminal e 2 anos e 11 meses para o criminal. Confira-se:

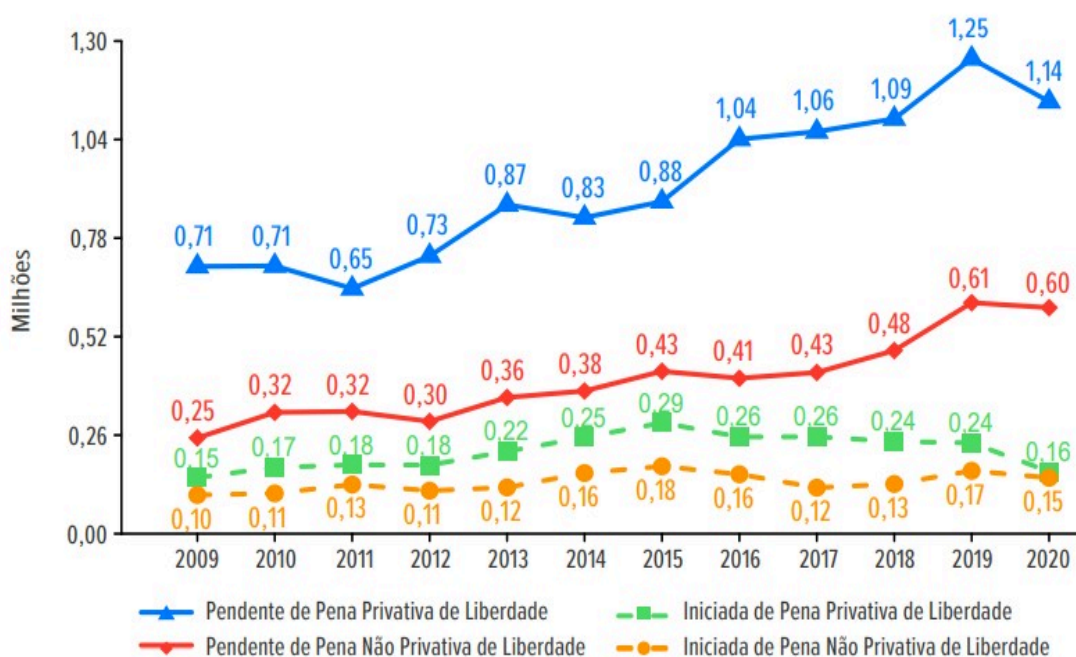


Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Figura 1: Tempo médio de tramitação dos processos criminais e não criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, por tribunal

Ainda neste mesmo ano (2020), (d) o tempo médio de execução nas penas privativas de liberdade (4 anos e 10 meses) é maior que o tempo médio de duração do processo de execução nas penas alternativas (3 anos e 6 meses). Não obstante, nessa situação, esse comportamento é esperado e dentro da normalidade, pela própria característica das penalidades aplicadas. Confira-se:

Figura 151 - Série histórica das execuções penais



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Figura 2: Série histórica das execuções penais

Além disso, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) publicou a relação da população prisional por ano, tendo como referência o período de julho a dezembro de 2021, no qual é possível aferir que houve um decréscimo da população cumprindo pena privativa de liberdade – o que poderia ser justificado pela pandemia da covid-19 (2020 e 2021). Confira-se:

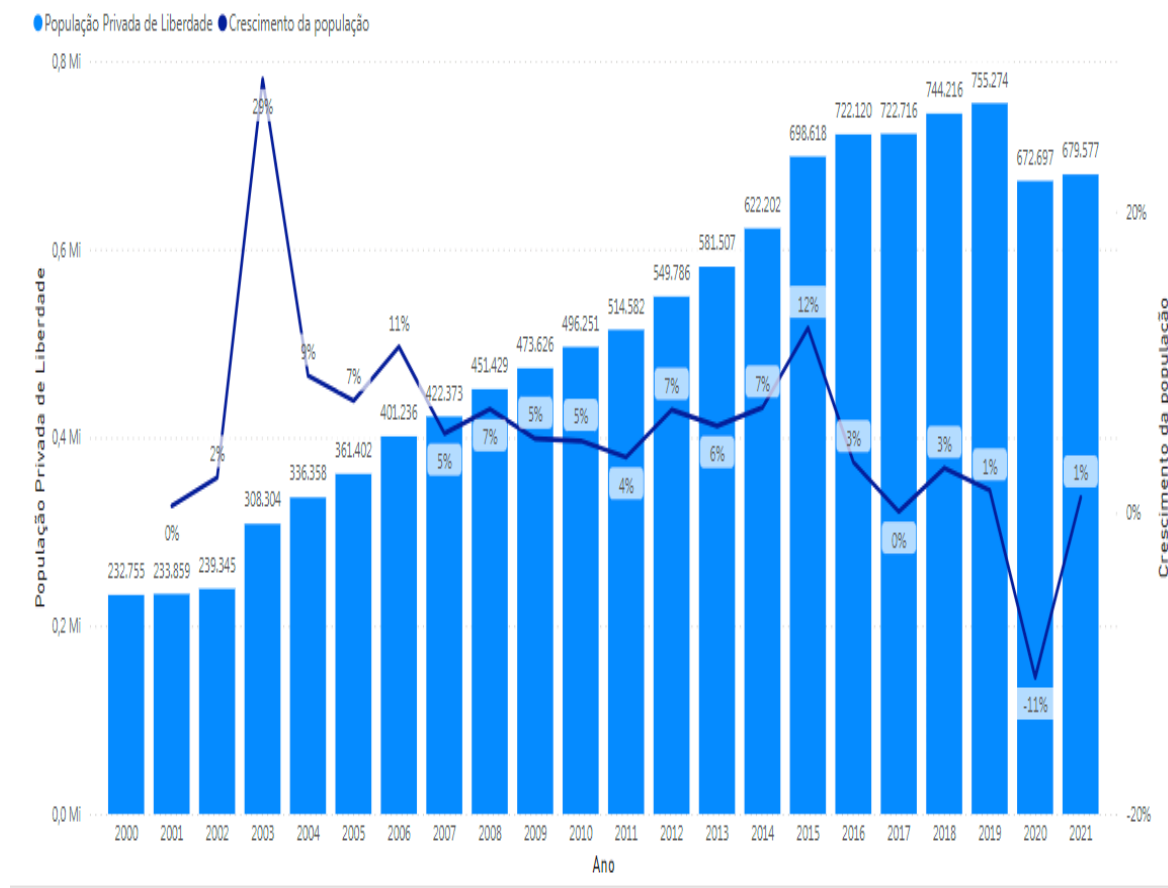


Figura 3: Relação da população prisional por ano

83

Registra-se, por oportuno, que o referido levantamento engloba todos os regimes, a saber: fechado, semiaberto e aberto. No sistema estadual, 48,64% cumprem a pena em regime fechado; 18,56% em regime semiaberto; 3,02% em regime aberto e 29,35% são presos provisórios. No sistema federal, 91,96% estão no regime fechado e 7,84 % são presos provisórios⁸⁴. Veja-se:

83 SISDEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWEyNjQtMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTJiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 20/07/2022.

84 Tabela de elaboração própria a partir dos dados divulgados pelo DEPEN.

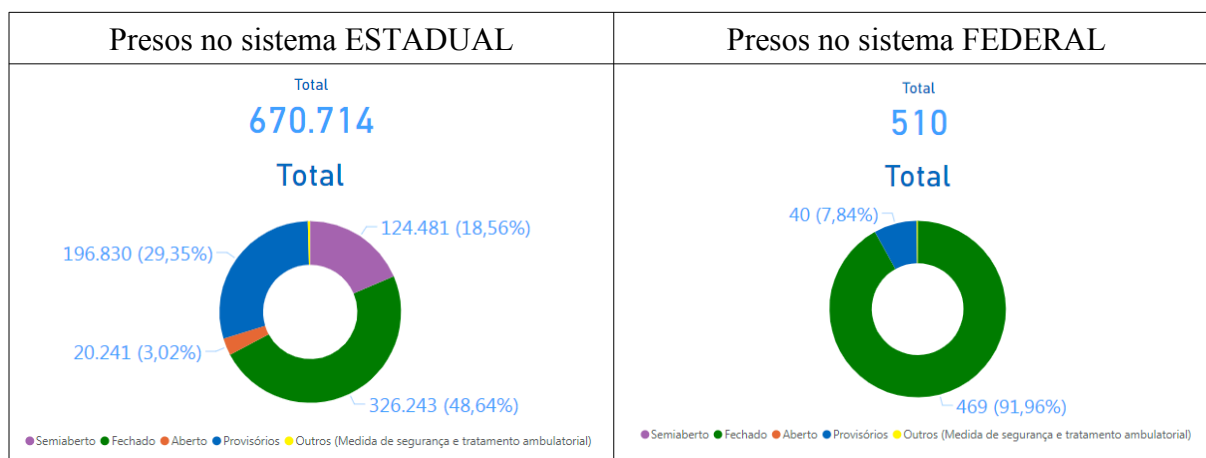


Tabela 1: Comparação da população prisional no sistema Estadual x sistema Federal

O DEPEN informou ainda que, com relação ao ano de 2022, o custo médio do preso por Unidade Federativa perfaz o montante de:

Tabela 2: Custo médio mensal do preso

VALOR (R\$)	MÊS REFERÊNCIA
R\$ 1.581,36	01/2022
R\$ 1.802,91	02/2022
R\$ 1.970,13	03/2022
R\$ 2.165,10	04/2022

Tabela de elaboração própria a partir dos dados divulgados pelo DEPEN.

Com efeito, o DEPEN também compilou – em uma análise quantitativa – os tipos penais com maior incidência que provocaram, no período de julho a dezembro de 2021, a aplicação da pena privativa de liberdade, dividindo-os pela população prisional na Justiça Estadual e na Justiça Federal. Afere-se que os crimes contra o patrimônio, à pessoa e relacionados à lei de drogas correspondem a 83,81% na Justiça Estadual e 80,35% na Justiça Federal. Confira-se:

Tabela 3: Quantidade de incidências por tipo penal na Justiça Estadual

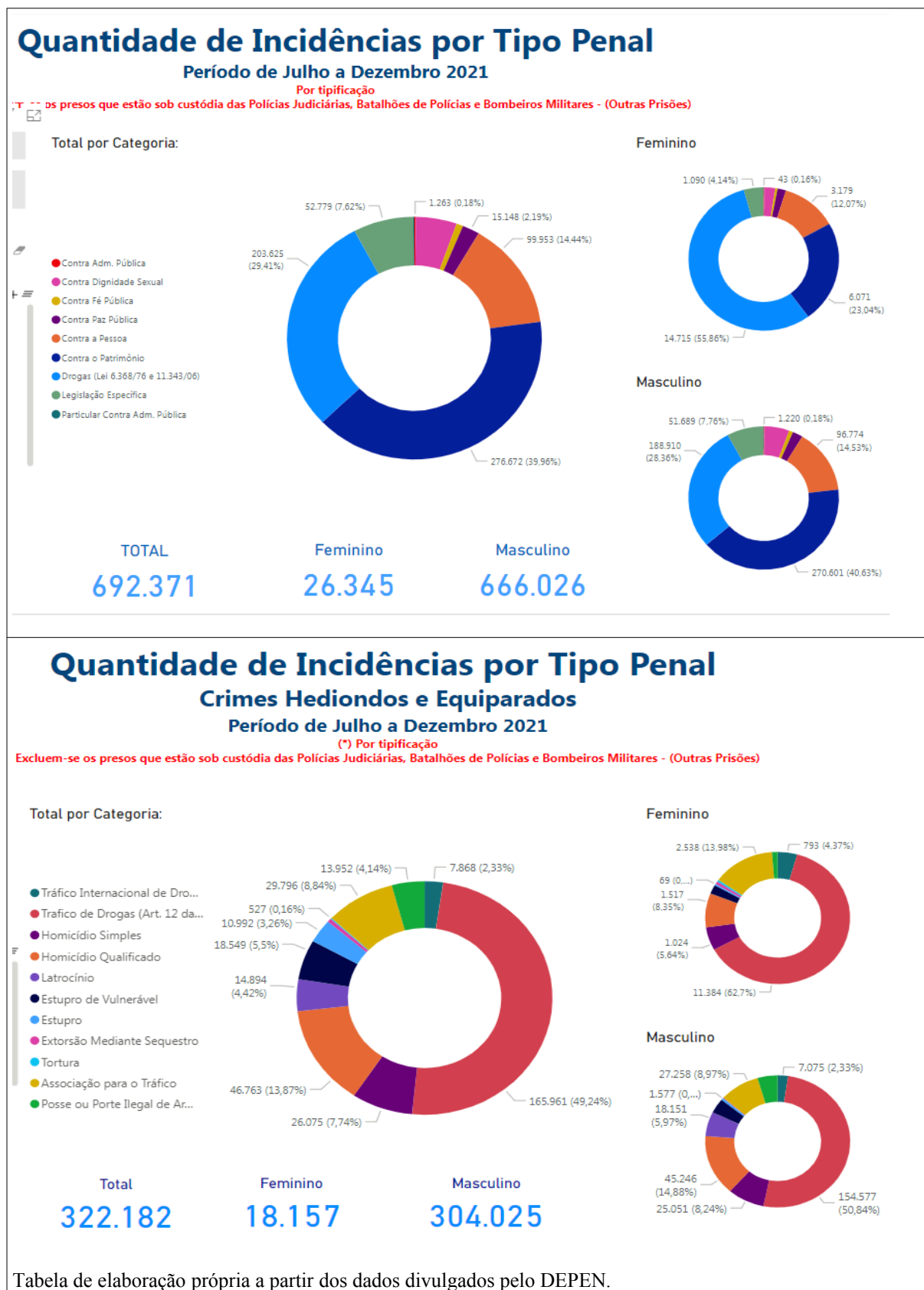


Tabela 4: Quantidade de incidências por tipo penal na Justiça Federal

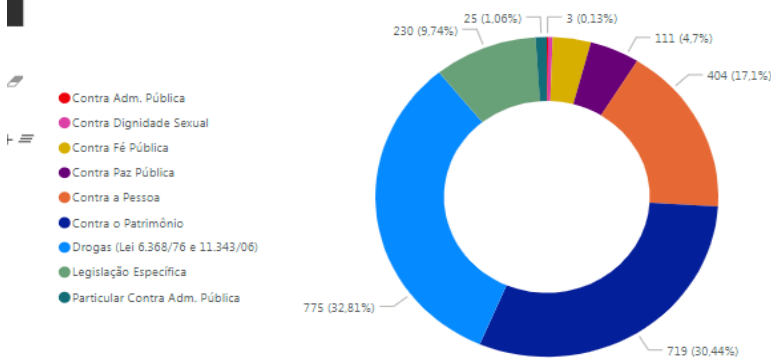
Quantidade de Incidências por Tipo Penal

Período de Julho a Dezembro 2021

Por tipificação

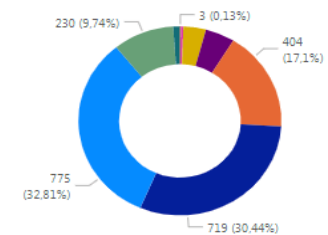
Excluem-se os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares - (Outras Prisões)

Total por Categoria:



Feminino

Masculino



TOTAL
2.362

Feminino
0

Masculino
2.362

Quantidade de Incidências por Tipo Penal

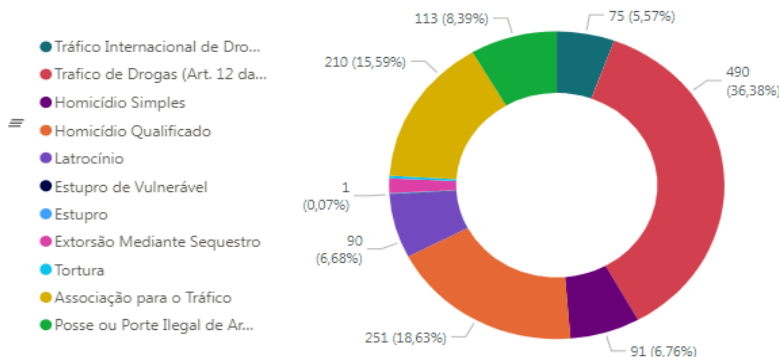
Crimes Hediondos e Equiparados

Período de Julho a Dezembro 2021

(*) Por tipificação

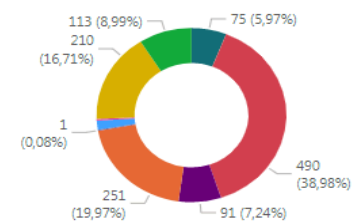
Excluem-se os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares - (Outras Prisões)

Total por Categoria:



Feminino

Masculino



Total
1.257

Feminino
0

Masculino
1.257

Tabela de elaboração própria a partir dos dados divulgados pelo DEPEN.

Por fim, seguindo a mesma lógica de apresentar dados que serão trabalhados mais a frente do presente trabalho, em especial, quando da discussão do Acordo de Não Persecução Penal, convém trazer a discussão no presente capítulo das informações publicadas no Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁸⁵, no qual identificou-se:

(a) redução quanto aos números absolutos de mortes violentas⁸⁶:

TABELA 03

Série histórica das Mortes Violentas Intencionais ⁽¹⁾
Brasil, Regiões e Unidades da Federação - 2011-2021

Brasil, Regiões e Unidades da Federação	Mortes Violentas Intencionais - MVI										
	Ns. Absolutos										
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Brasil	47.215	54.694	55.847	59.730	58.459	61.597	64.078	57.592	47.765	50.448	47.503

Figura 4: Série histórica das Mortes Violentas Intencionais

(b) redução quanto aos números absolutos de crimes violentos não letais contra o patrimônio: roubo e furto de veículos (2014 – 513.023 registros; 2017 – 551.163 registros; 2020 – 323.955 registros; e 2021 – 334.643 registros);

(c) redução quanto aos números absolutos de roubo e furto de celulares (2018 – 995.343 registros; 2019 – 1.053.433 registros; 2020 – 825.923 registros; e 2021 – 847.313 registros);

(d) aumento quanto ao número de registro de estelionatos (2018 – 426.799 registros; 2019 – 523.820 registros; 2020 – 927.898 registros; e 2021 – 1.265.073 registros);

(e) aumento no número de casos de violência doméstica (2018 – 518.361 registros; 2019 – 568.288 registros; 2020 – 558.971 registros; e 2021 – 630.742 registros).

Logo, os números acima transcritos (sejam os referentes a taxa de congestionamento do judiciário, sejam os referentes aos novos registros de crimes praticados) são expressivos, razão pela qual urge a busca por soluções alternativas a fim de superar a visão tradicionalista

85 Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4>. Acesso em: 17/07/2022.

86 A categoria Mortes Violentas Intencionais (MVI) corresponde à soma das vítimas de homicídio doloso, latrocínio, lesão corporal seguida de morte e mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora (em alguns casos, contabilizadas dentro dos homicídios dolosos, conforme notas explicativas). Sendo assim, a categoria MVI representa o total de vítimas de mortes violentas com intencionalidade definida de determinado território. O número de policiais mortos já está contido no total de homicídios dolosos e é aqui apresentado apenas para mensuração do fenômeno. A categoria MVI só passou a ser calculada pelo FBSP a partir de 2013. Para os anos de 2011 e 2012, o indicador foi calculado retroativamente a partir dos critérios informados pelas Unidades da Federação para a 9ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, elaborado em 2015. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4>. Acesso em: 17/07/2022.

do processo penal marcada pela excessiva judicialização, retornando ao *status quo* do processo penal como regra de exceção à vida comum. A população deve ser integrada e deve colaborar na solução de seus próprios conflitos, deixando de lado o paternalismo do sistema atual e conferindo autonomia às partes (acusação, acusado e vítima) em relação ao próprio processo. Trata-se, portanto, de uma opção política e ideológica de cada sistema processual na qual escolher-se-á entre: *i*) apostar na condução do processo exclusivamente focado na figura do Juiz; ou *ii*) valorizar as próprias partes.

2.4 A SUPERAÇÃO DA CRISE A PARTIR DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Fixados os dados e estabelecidas as premissas acima, mostra-se pertinente destacar que o desenvolvimento histórico das regras processuais perpassam, necessariamente, por fatores ou demandas sociais que lhes são apresentadas pela sociedade.

Com razão, há atualmente exigências da vida moderna que buscam o rompimento das barreiras do conservadorismo jurídico representado pelo processo tradicional. Ada Pellegrini Grinover, professora da USP dedicada tanto ao estudo do processo civil quanto ao penal, identificou entre os esforços dos processualistas:

[...] a transformação do processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a partir desta visão externa, a percepção da necessidade da plena e total aderência do sistema processual à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é de servir de instrumento a efetiva realização dos direitos. [...] abrindo caminho para a socialização do processo, por força da atribuição de poderes de direção e controle mais amplos ao juiz, da adoção de uma concreta igualdade de partes (desde o acesso à Justiça até a paridade de armas dos litigantes, implementada pelo juiz) e do esforço em busca da conciliação, num exemplo marcante de transformação do processo, rumo a um grau mais elevado de deformalização, democratização e publicização⁸⁷.

Sem sombra de dúvidas, a expansão do direito penal é apresentada como consequência do fenômeno da globalização, da ordem política e econômica mundial e do aumento da complexidade das relações sociais, razão pela qual há pontos do processo penal, principalmente, diante da expansão do direito penal já trabalhada nos tópicos anteriores, que

87 GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 175-204. p. 178. Trabalho originalmente apresentado no VIII Congresso Internacional de Direito Processual, no ano de 1987.

têm demandado alteração nesse sistema, porquanto deixou de atender às expectativas sociais. Isso se deve, porque:

(...) é importante notar que tanto os fatores pragmáticos quanto os ideológicos pressionam diferentes direções. A preocupação em fortalecer os direitos dos acusados exige que sejam observadas formas que retardam o ímpeto das ações criminosas e podem complicar a busca da verdade. Por outro lado, preocupações pragmáticas exigem a simplificação dos sistemas processuais e a eliminação das formas de justiça que dificultam o fluxo regular de casos pelo sistema. Não é nada fácil resolver a tensão resultante e encontrar um equilíbrio aceitável entre fatores pragmáticos e ideológicos. Portanto, não deveria ser surpreendente que insatisfação com os sistemas de justiça criminal existentes é encontrada em quase todos os lugares, tanto em países que pertencem à tradição anglo-americana (ou direito comum) como nos países que pertencem à tradição de Europa Continental (ou direito civil). As vozes de descontentamento podem até ser ouvidas em países como Inglaterra e França, cujos processos criminais serviram de inspiração para os arquitetos dos sistemas contemporâneos da justiça criminal⁸⁸.

Portanto, é nesse contexto que exsurtem, em países de tradição romano-germânica, ferramentas consensuais que outrora eram adotadas apenas no sistema do *common law*, na tentativa de superar pontos de estrangulamento existentes no processo clássico e recuperar ou, até mesmo, aumentar a confiança e a credibilidade nos sistemas de justiça criminal. Não obstante, deve-se tomar cuidado com a utilização de procedimentos penais negociados, haja vista que, num primeiro momento, estes apresentam como risco a incorporação ao processo penal de princípios da economia de mercado, levando a reboque, assim, a introdução de uma visão utilitarista na administração da justiça penal.

2.4.1 O consenso no processo penal

Os acordos são uma prática tão antiga quanto o próprio Direito. As técnicas processuais devem ser utilizadas e desenvolvidas como métodos de superação dos obstáculos à efetividade e à superação das crises de direito material, como o conjunto de meios adequados destinados a produzir resultados úteis no processo⁸⁹. Nesse sentido, Brandalise explica que:

O fenômeno do consenso em processo penal não se mostra recente e também não se limita à negociação que conduz à sentença criminal conforme a demonstração da vontade das partes. E ele também não surge como forma de

88 DAMASKA, Mirjan R. Aspectos Globales de la Reforma del Proceso Penal. In Reformas a la Justicia Penal de las Americas. Washington: Fundacion para el Debido Proceso legal. 1999. p. 12

89 GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aidê, 1992. p. 45.

afastamento do sistema de conflito processual, mas com o objetivo de que eles coexistam de forma em que um auxilie no aperfeiçoamento do outro. Além de possibilitar a otimização de trabalho de todo o sistema, os acordos visam a legitimar resultados finais⁹⁰.

É nessa perspectiva, paralelamente à evolução metodológica do direito processual, que o arcabouço técnico-procedimental deve estar preparado para, do modo mais eficiente possível, superar a específica crise jurídica existente. Isto é, apesar das críticas à expansão do direito penal (crise do direito material), o fenômeno mostra-se inevitável. Em outras palavras, deve-se moldar os instrumentos processuais a fim de torná-los adequados, necessários e proporcionalmente aptos a realizar os escopos da jurisdição. De igual modo, a expansão das soluções trazidas pelo direito penal negocial também é algo que não pode mais ser contornado, a exemplo dos institutos da: i) transação penal; ii) suspensão condicional do processo; iii) colaboração premiada; e, agora, iv) do Acordo de Não Persecução Penal.

A maioria dos institutos acima listados decorre de uma mudança de perspectiva e, até mesmo, de adaptações de institutos estrangeiros que (de forma lenta, mas inexoravelmente) se assentam no ordenamento jurídico pátrio e em tantos ordenamentos (principalmente os tradicionais sistemas do “civil law”), concretizando, assim, o que foi denominado de “*marcha triunfal do processo penal americano pelo mundo*”⁹¹. Nesse sentido, o professor Mirjan Damaska, referindo-se à influência que os sistemas da tradição do *common law* e da *civil law* exercem um sobre o outro, concluiu que:

Como persiste a insatisfação com os esquemas existentes em ambos os ramos da tradição processual ocidental, se espera que os países de direito consuetudinário busquem inspiração nos países de direito civil, e que da mesma forma, os países de direito civil sentiram-se atraídos pelas instituições processuais de origem anglo-americana. Afinal, a grama costuma parecer mais verde no quintal do vizinho. Curiosamente, no entanto, o movimento de ideias de reforma entre as duas culturas processuais tem sido quase exclusivamente em “*one way*” (uma única via): instituições que estão associadas a sistemas de direito comum de processo penal que exerceram influência sobre os sistemas estruturados na tradição civilista. Quase não houve movimento algum na direção oposta⁹².

90 BRANDALISE, 2016. p. 23.

91 SCHUNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, p. 288 e ss.. No mesmo sentido, referindo-se especificamente ao fenômeno aqui em análise, são as palavras de JUNG, Eur. J. Crime, Crim. L & Crim. Just (1997), p. 112, quando refere que “Criminal procedures seem to have been afflicted by a lingering disease: the US infection of plea bargaining”.

92 DAMASKA, Mirjan R. Aspectos Globales de la Reforma del Proceso Penal. In Reformas a la Justicia Penal de las Americas. Washington: Fundacion para el Debido Proceso legal. 1999. p. 13

Prova disso, é o trabalho desenvolvido por Langer, professor da Universidade da Califórnia em Los Angeles, no qual mensurou-se como os mecanismos consensuais se espalharam em parte substancial do mundo nas últimas cinco décadas, levantando questões importantes para o estudo sociojurídico e para as políticas públicas ao correlacionar as taxas de administração das condenações criminais, bem como medindo até que ponto as jurisdições usam esses mecanismos após sua adoção. Confira-se:

Quatro décadas atrás, estudiosos caracterizaram a delação premiada como um fenômeno exclusivamente americano. Embora, na época, houvesse comentaristas que questionassem o quão única a barganha americana realmente era, não há dúvida de que em muitas jurisdições um julgamento era requisito necessário para emitir condenação criminal reconhecendo a prática de delitos ou, pelo menos, infrações de menor potencial ofensivo. Esse foi o caso específico de jurisdições marcadas pelo “*civil law*”, onde as declarações de culpa não existem.

Desde a década de 1970, houve uma disseminação substancial da delação premiada e de outras formas de evitar julgamentos, mecanismos de condenação que permitem aos funcionários públicos encontrarem uma pessoa formalmente culpada pela prática de um delito sem submetê-la a julgamento, bastando o consentimento do investigado/acusado.

Tabela 1: ilustra essa tendência demonstrando que institutos da delação premiada e outros mecanismos de condenação (que evitam julgamentos) foram legalmente ou juridicamente reconhecidos em 60 países. (...)

A Alemanha foi um dos primeiros a adotar a “ordem penal” como forma de lidar com infrações de menor potencial ofensivo por meio de processo escrito em que a sentença proposta pelo “acusação” torna-se definitiva com a aprovação do tribunal se o réu não contestar. (...)

Embora existam exemplos anteriores, a Tabela 1 também mostra que a delação premiada e outros mecanismos consensuais se difundiram amplamente nas últimas décadas nos códigos de processo penal ou por reconhecimento e aprovação dos tribunais superiores.

De fato, dos 57 países listados que adotaram pelo menos uma medida consensual como forma de evitar o julgamento, 46 não tinham esses mecanismos reconhecidos formalmente ou aprovados por um tribunal superior antes de 1970. Entre 1970 e 1979, 5 países adotaram ou formalmente reconheceram um tipo de medida consensual pela primeira vez. Entre 1980 e 1989, mais um país reconheceu; entre 1990 e 1999, 15 países assim o fizeram; entre 2000 e 2009, outros 17 países; entre 2010 e 2018, 8 países. (...)

No caso dos Estados Unidos, há literaturas especializadas sobre as causas da adoção e expansão da delação premiada no século XIX, bem antes da delação premiada que foi reconhecida e validada pelos códigos e pela Suprema Corte dos EUA. Os historiadores propuseram diferentes teorias para esse aumento, incluindo pressões sobre o número de casos, aumento da complexidade do crime submetido a julgamento, mudanças institucionais e profissionalização na persecução penal, e, até mesmo, pressões políticas.

Em vez de explorar empiricamente as suas causas, as literaturas existentes normalmente relatam as razões invocadas pelos legisladores/julgadores para adoção desses mecanismos. Dentre os motivos, incluem-se: número

crescente de casos; melhoria na eficiência do sistema criminal no gerenciamento dos casos; as pressões causadas pelos novos direitos reconhecidos aos réus, aumentando a eficiência do processo penal; o aumento das taxas de condenações e diminuição da impunidade; redução das prisões preventivas; proteção dos direitos das vítimas; melhora na capacidade do sistema criminal em lidar com casos complexos; e a permissão para celebração de acordos de cooperação com investigados/acusados para combater a corrupção e o crime organizado (...) ⁹³ (tradução nossa).

Dessa forma, não remanescem dúvidas quanto ao fato de que há países que marcadamente adotam o sistema do *civil law*, mas que – diante dos novos desafios – socorreram-se em mecanismos já utilizados no sistema americano, principalmente, aqueles em que há a *negociação* com o investigado/acusado.

Por outro lado, não se desconhece que para Sánchez, a justiça penal negociada integra o modelo de administrativização do direito penal, como uma de suas dimensões, dentro da abordagem mais ampla nominada como *gerencialismo*, o que seria, inclusive, uma das causas de expansão do direito penal. Confira-se:

A aspiração *naïve* (ingênua) de eficácia na obtenção das ansiadas segurança e satisfação por parte de uma coletividade que se autocompreende, antes de mais nada, como vítima conduz a uma verdadeira ojeriza em relação a alguns dos elementos característicos do Direito Penal clássico: o trato com valores (a começar com a “verdade” e a “justiça”) e a articulação de tal trato por meio de procedimentos formais. Uns e outros se interpretam como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. Assim, desde a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados com sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.

Diante do modelo de justiça penal clássico surgem, assim, modelos de justiça negociada, nos quais a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano. A penetração da ideia de justiça negociada é muito profunda e tem manifestações muito diversas, nem sempre coincidindo com seus partidários. Assim, compreende desde os pactos de imunidade das promotorias com certos imputados (por exemplo, os ‘arrepentidos’), até as diversas formas de mediação, passando pelas já generalizadas ‘conformidades’ entre as partes. O Direito Penal aparece assim, sobretudo, como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores.

Paradoxalmente, esse elemento de desprezo pela forma e pelo conteúdo, que se manifesta de modo significativo na demanda por instrumentos rápidos e eficazes para lutar contra a criminalidade dos poderosos, aparece igualmente

93 LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administrativization of criminal convictions. Tradução: Clayton K. J. Júnior. Annu. Rev. Criminal. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255, 2019, p. 3-10.

no seio de concepções pretensamente conducentes a erradicação, ou ao menos a limitação, dos efeitos nocivos do Direito Penal e do processo penal⁹⁴.

Ocorre que, ao longo do presente trabalho, buscar-se-á superar tais críticas, principalmente, a partir da derivação dos Acordos de Não Persecução Penal para a Justiça Restaurativa, sendo que, nas próprias palavras do Professor Jesús-Maria Silva Sánchez: “*não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão*”, o que é, justamente, o caso dos Acordos de Não Persecução Penal⁹⁵.

Não obstante, é nesse contexto que surge uma tensão dialética entre o respeito às garantias constitucionais do cidadão e a almejada racionalidade, eficiência e celeridade do processo penal. Isto é, há uma constante tensão entre garantia e eficiência, razão pela qual buscar-se-ão respostas para a solução do impasse a partir dos mecanismos dos métodos e princípios próprios da Justiça Restaurativa quando cabível o Acordo de Não Persecução Penal. Em outras palavras, objetiva-se encontrar o equilíbrio entre os interesses da persecução penal e as garantias do cidadão, sendo que eventual abreviação e/ou aceleração do procedimento penal deve ser equilibrada e proporcionalmente compensada, haja vista que o Estado de Direito tem o dever de realizar justiça de modo rápido e eficiente, de forma que transmita à sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas⁹⁶. Entretanto, “*a celeridade não deve ser um fim em si mesmo, mas deve o processo tender a uma maior funcionalidade*”⁹⁷. Ao fim e ao cabo, as garantias irradiadas no âmbito do Direito Penal e processual representam verdadeira justificação à sua utilização⁹⁸.

Portanto, paralelamente à utilização de modelos que: *i*) favorecem a estigmatização da vítima ao retardar demasiadamente o curso da marcha processual; e *ii*) não foram capazes de lidar com a expansão do direito penal e, até mesmo, o estabelecimento de novos direitos à defesa (cita-se a criação do Juiz de Garantias), pode-se dizer que também ganhou força a

94 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 90.

95 SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 184.

96 DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37

97 FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Lisboa: Almedina, 2001. p. 55.

98 HASSEMER, Winfried. La ciência jurídico penal em la república federal alemana. Trad. Hernán Hormanazabal Malarée. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. t. XLVI, f. I. Madrid: ene./abr. 1993. p. 35-80. p. 79.

utilização de mecanismos para encurtar ou, até mesmo, evitar os processos judiciais em trâmite por meio da cooperação ativa (consenso) entre as partes (acusação, acusado, vítima e Estado-Juiz).

2.4.2 Os mecanismos de diversificação

De início, explica-se que há quem defenda a utilização, no processo penal, do termo *diversão* no processo penal⁹⁹ e há quem defenda a utilização do termo *diversificação* no processo penal. Nesse sentido, ao traduzir a obra de Claus Roxin, Luís Greco explica que “*O termo original é a palavra de origem inglesa ‘diversion’; preferi discrepar de renomados autores de nossa língua, que a traduzem por ‘diversão’, eis que a palavra diversificação possui um significado mais próximo do fenômeno a que se refere*”¹⁰⁰. Superada tal divergência, na obra “**Estudos de Direito Penal**”, ao abordar o tema “*Tem futuro o Direito Penal*”, Claus Roxin estabelece as seguintes premissas a respeito da *diversificação*, a saber:

Nas hipóteses em que a descriminalização não é possível – como no furto –, poder-se-á evitar as desvantagens da criminalização através de alternativas à condenação formal por um juiz. Tais métodos de diversificação são utilizados em quantidade considerável na Alemanha, pois o juiz e também o Ministério Público podem arquivar o processo quando se tratar de delitos de bagatela em cuja persecução não subsista interesse público; tal arquivamento pode ocorrer inclusive no âmbito da criminalidade média, se o acusado prestar serviços úteis à comunidade (como pagamentos à Cruz Vermelha ou a reparação do dano).

Estes métodos de diversificação são utilizados já hoje na Alemanha em quase metade de todos os casos, tendo reduzido consideravelmente a quantidade de punições. Apesar das várias reservas suscitadas pela falta de determinação dos pressupostos para esta diversificação e pelo deslocamento da competência decisória para o ministério público, esta espécie de reação a delitos deve ser um elemento essencial do direito penal do futuro, pois ficou demonstrado que contra autores não habituais de delitos de menor gravidade, já o início de um processo penal ou as mencionadas medidas impeditivas da pena possuem uma eficácia preventiva, que torna supérflua a punição. A diversificação é um meio de combate ao crime mais humano do que a pena, devendo portanto ser preferida a esta. Neste ponto está a parcial razão do abolicionismo. Mas a diversificação só é possível dentro de certos limites, e ainda assim sob a vigilância estatal.

Minha quarta conclusão intermediária é: a descriminalização e a diversificação igualmente não tornarão supérflua a pena. Mas elas poderiam

99 Por exemplo: Figueiredo Dias/Costa Andrade na obra “*Criminologia, Coimbra editora, Coimbra, 1992, p. 360*”; Luiz Flávio Gomes na tradução da obra *Criminologia* de “*Garcia Pablos, 3a edição, RT, São Paulo, 2000, p. 30*”; e Rodrigo da Silva Brandalise na obra “*Justiça Penal Negociada: Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes, p. 24*”.

100 ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14.

e deveriam reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que realmente precisam ser punidos¹⁰¹.

Nesse sentido, também é o entendimento de Silva Dias: “*A diversão forma medidas que desviam o conflito daquele procedimento, com o objetivo de enfrentar a crise da justiça penal, apaziguar a sociedade que fora violada com o crime e também proteger interesses das vítimas, pelo que também pode ser definida como ‘desjuridicização’*”¹⁰².

Para Brandalise, as formas de consenso no processo penal podem ser classificadas como: (i) a diversão simples: neste caso, existem indícios de autoria/participação, prova da materialidade, mas o processo é arquivado sem imposição de obrigações porque a persecução penal seria inócua (exemplo: aplicação da prescrição virtual); (ii) a diversão encoberta: também existem indícios de autoria/participação, prova da materialidade, mas o processo é arquivado porque o autor do fato praticou atos positivos (sem imposição de obrigações pelo Juiz ou MP) que impossibilitaram a deflagração da ação penalidade (exemplo: composição civil dos danos) e (iii) a diversão com intervenção: nesse caso, o investigado/réu é obrigado a cumprir algumas condições. O Ministério Público lhe sujeita a certas obrigações que, após homologadas pelo Juízo, e cumpridas, extinguem o processo ou procedimento (exemplos: transação penal, suspensão condicional do processo e, agora, acordo de não persecução penal)¹⁰³.

Em uma interpretação restritiva sobre o modelo de consenso no processo penal, Rafael Serra Oliveira assevera que os modelos brasileiros de transação penal e de suspensão condicional do processo, assim como os modelos portugueses de processo sumaríssimo (possibilidade de aplicar pena) e de suspensão provisória do processo, não correspondem a modelos de consenso no processo penal, uma vez que o autor do delito não é ouvido sobre o fato e sobre o conteúdo da proposta, com participação restrita à aceitação ou não aceitação do está sendo oferecido. Ademais, a vítima fica alheia à elaboração da proposta¹⁰⁴. Entretanto, diferentemente do alegado pelo autor, no modelo brasileiro, nos casos de transação e de suspensão condicional do processo, vê-se que o autor do fato pode conversar e dialogar com o seu advogado para decidir se deve ou não aceitar a respectiva proposta ofertada pelo

101 ROXIN, 2006, p. 14-15.

102 SILVA DIAS, Augusto. Modernas tendências da política criminal em matéria de desjuridicização e de descarceirização: a experiência portuguesa. Cabinda universitária, Cabinda, n. 3-4, 2008. p. 41-42.

103 BRANDALISE, 2016, p. 25.

104 OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 81-87.

Ministério Público, cuja aceitação não implica reconhecimento de culpa, bem como a homologação judicial não significa condenação penal.

Portanto, afere-se que a *diversificação* consiste em uma opção política criminal usada para a resolução de processos penais (ou procedimentos investigatórios) de maneira diferente daquelas comumente adotadas, na qual “há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado”¹⁰⁵.

2.5 O INCÔMODO NA ADOÇÃO DO CONSENSO NA JUSTIÇA PENAL

Na cultura jurídica, criou-se um desarrazoado apego pela forma, chegando ao ponto de considerá-la como um fim em si mesma. Prova disso é que, em seu artigo “*Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos processuais*”, Antônio do Passo Cabral apresenta lúcida reflexão a respeito do quadro atual das nulidades no processo penal brasileiro, o qual é reconhecido como “o País das Nulidades”, o “País onde tudo acaba em pizza”, esclarecendo que:

Uma rápida olhadela na teoria das nulidades existentes no Brasil – tanto a tinta das lições doutrinárias, quanto a liturgia aplicada pelos tribunais – faz o observador, estarecido, verificar um anacronismo entre o que é vocalizado pela pena dos doutores e o que reverbera na prática do Judiciário, sobretudo nos Tribunais Superiores. Sem embargo, enquanto os professores que trataram do tema pregam sua diminuição, vê-se uma enorme quantidade de acórdãos dando maior relevo às formalidades, pronunciando nulidades a todo tempo, por vezes, sem critérios seguros e baseadas em fórmulas vagas e frases puramente retóricas. E o fenômeno é excessivamente mais visível no processo penal. Mas por que há tantas invalidades nos procedimentos criminais? Será um desrespeito generalizado às formas do processo penal, justamente a modalidade de processo onde as formalidades assumem tão nobres funções? Será o despreparo dos juízes, advogados, defensores e membros do MP que atuam na área criminal, se comparado com a capacidade dos mesmos sujeitos na área cível? Decerto que não.¹⁰⁶

Não bastasse, toda tentativa de resgatar, em alguma medida, o direito penal e o processo penal vem sendo tachada de *retrocessos*; qualquer iniciativa para fortalecer a aproximação das partes no processo penal a partir da admissão de negócios processuais e/ou para fortalecer os espaços de liberdade na conformação das situações processuais e do

105 BRANDALISE, 2016, p. 24.

106 Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2577641/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf/. Acesso em: 01/07/2022.

procedimento vem sendo caracterizada como *antigarantista*, quando não muito em uma introdução da economia de mercado na administração da justiça penal¹⁰⁷. Em igual sentido, Geraldo Prado argumenta que:

(...) a partir de uma lógica nem sempre de fato preocupada com a solução efetiva dos conflitos, os Estados da Europa continental viram-se paulatinamente adotando, ao longo das três últimas décadas, soluções processuais cujo berço mais recente pode ser localizado nos países que atuam sob o sistema da Common Law. (...) O que se deve ter em mente é que, na maioria das vezes, as soluções consensuais terão na América Latina maior probabilidade de se transformarem em instrumentos de gerenciamento de emperradas burocracias judiciárias, ao mesmo tempo em que potencializarão, em nível teórico, discurso de compressão de direitos fundamentais que na realidade são gozados quase exclusivamente por imputados das classes médias e altas, dotadas de melhores recursos para defender-se da restrição legal aos direitos e garantias processuais do imputado¹⁰⁸.

Quem analisa as afirmações trazidas pelo autor em dissonância com os entendimentos dos Tribunais Superiores pode falsamente acreditar que a Justiça Negocial realmente possui como mote a diminuição de direitos fundamentais de indivíduos taxados economicamente como *classe baixa*. Entretanto, o que se vê na prática é que o atual sistema também recebe constantes críticas nesse sentido, basta dar uma breve lida em estudos de criminologia crítica, não revelando, assim, justificativa idônea para barrar a Justiça Consensual. Ao escrever sobre o tema, em sua obra “**Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista**”, Lopes Júnior vai além e afirma que:

Também não concordamos com uma maior participação da vítima no processo penal, tendo em vista a contaminação pela elevada carga de “vingança privada” que lhe é inerente. Igualmente perigosa é a privatização do processo penal, pela admissão da cumulação de uma pretensão indenizatória (interesse que motiva o assistente da acusação). Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil ... Ademais, a autotutela e a autocomposição são figuras históricas e superadas. O trabalho é prospectivo, olha para o futuro. A situação atual já é preocupante, mas pretendemos demonstrar – através da crítica – que a ampliação do campo de atuação da justiça consensuada será desastrosa para o processo penal¹⁰⁹.

107 Em trabalho coletivo, coordenado por Mireille Delmas-Marty, salientou-se o risco dos procedimentos penais negociados transformarem-se em nada mais que a introdução da economia de mercado na administração da justiça penal. DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Procesos Penales de Europa* APUD PRADO, Geraldo. *Justiça Penal Consensual*. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002. p. 84

108 PRADO, 2002, p. 86.

109 AURY, 2002, p. 101 e 125.

O autor conclui afirmando que “*a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo penal de partes*”, sendo que sua adoção resultaria em “*perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças*”. O que se observa é que os mais ferozes opositores dos métodos consensuais no processo penal baseiam suas convicções na expectativa de que tais acordos seriam manifestações do neoliberalismo e de movimentos conhecidos por “lei e ordem” o que revela, sobretudo, um pensamento enviesado e preconceituoso¹¹⁰. Entretanto, não apontam especificamente qual seria o direito fundamental violado. Seria a própria autonomia individual? Porque se for, se esquecem que dentro do atual sistema é conferida autonomia suficiente ao indivíduo ao ponto deste, querendo assumir suas responsabilidades, confessar a prática dos fatos (não há nenhum dispositivo que impeça a confissão) e também conformar-se com eventual sentença condenatória proferida e não recorrer, ficando à mercê de uma pena a ser fixada pelo Juiz.

Registra-se, inclusive, que ao longo dos anos, promotores, defensores, juízes e outros agentes que integram o sistema judiciário estabelecem um entendimento comum acerca de duas questões básicas: como resolver os casos rotineiros e qual seria a punição previsível para os vários crimes cometidos¹¹¹. Diante disso, o réu que – reconhece que praticou um crime e deseja arcar com suas responsabilidades – deve sujeitar-se aos estigmas do processo penal e repousar o seu destino nas mãos do Juiz? Ou possuiria autonomia o suficiente para – cotejando a natureza e circunstâncias do crime e a consistência das provas em poder das partes – formular concessões recíprocas?

Portanto, a não ser que exista um compromisso com a impunidade ou com a própria extinção do direito penal (teoria do abolicionismo penal – que será aprofundada mais a frente) – exigindo-se dos sujeitos do processo a observância de formas inúteis que nada contribuem para a solução da demanda, nem tampouco para a existência de um processo penal justo, desvirtuando a própria finalidade do processo (pacificação social), que é a de servir como instrumento para a aplicação do direito penal objetivo – não há como negar às partes a possibilidade delas definirem os seus próprios contornos.

110 PRADO, 2002, p. 102.

111 WALKER, Samuel. Taming the System – The Control of Discretion in Criminal Justice, 1950-1990. p. 87
APUD ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 42.

3 LEVANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA À SÉRIO

Demonstrou-se na primeira e segunda parte deste trabalho o constante surgimento de novos paradigmas que marcam a realidade atual do Direito Penal, os quais perpassam pelo: i) aparecimento de novos riscos decorrentes de uma sociedade globalizada; ii) tutela dos “*novos interesses*”; iii) aumento da sensação subjetiva de insegurança; iv) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que, a princípio, poderiam ser retirados da tutela do direito penal; sem falar v) na conhecida ineficiência do Estado na execução de políticas públicas básicas, o que contribui sobremaneira para o aumento dos índices de criminalidade; e vi) no descrédito da população nas próprias instituições.

Nesse contexto, as novas circunstâncias trazidas ao Direito Penal pela nova configuração da sociedade também trazem questões da natureza processual penal, entre elas a dificuldade em compatibilizar um processo penal garantista e um processo penal funcionalista¹¹². Para tanto, buscar-se-á conciliar a análise das referidas medidas consensuais a partir da *gesamte Strafrechtswissenschaft*¹¹³ – análise de que o crime é um ato complexo, o qual deve ser interpretado sob a ótica da chamada “*ciência conjunta (ou total) do Direito Penal*” –, expressão cunhada por Franz Von Liszt e que designaria uma reflexão sobre todos os fenômenos criminais a partir de uma disciplina completa, resultante da fusão da dogmática, com a vertente criminológica e de política criminal. Com efeito, a resposta social à criminalidade não se pode resumir à análise isolada do direito penal, mas, sim, à análise conjunta da criminologia, do direito penal e do processo penal, porquanto quando associados, promove-se a junção entre os mundos do *ser* e do *dever-ser*.

Nesse sentido, adota-se, inclusive, como ponto de partida a escoreita correlação estabelecida por Flávio da Silva Andrade entre a visão habermasiana de consenso e o contexto da justiça criminal, o qual buscou pontos de apoio à expansão do consenso na teoria do agir comunicativo (o que serve de norte, inclusive, para a análise da aplicabilidade dos métodos restaurativos no âmbito dos acordos de não persecução penal). Confira-se:

Na disciplina normativa dos acordos e na construção deles na prática forense, deve imperar a racionalidade comunicativa referida por Habermas. O agir comunicativo, caracterizado pela interação e pelo diálogo, é que deve nortear as tratativas entre os sujeitos processuais tendentes à celebração de um acordo. Não deve haver, na situação dos litigantes, um agir instrumental,

112 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba, Daniel R. Pastor e Julio B.J. Maier. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2000. p. 28-29.

113 PRADO, Luís Régis. Curso de Direito Penal brasileiro – Parte Geral. São Paulo: RT, 1999, p. 51.

pautado pela perspectiva de dominar a parte contrária para alcançar o êxito individual. Com efeito, é preciso que, nos procedimentos legais que regem os casos penais, sejam criados ou expandidos espaços ou mecanismos que permitam a conversa, o contato comunicativo verbal entre as partes (Ministério Público e acusado, acompanhado de seu defensor). (...) De outro lado, como visto na doutrina habermasiana, o contato comunicativo entre as partes deve atender a pretensões de validade, isto é, aos quatro critérios capazes de promover um verdadeiro entendimento e um acordo válido: a) compreensibilidade; b) verdade; c) correção; e d) sinceridade¹¹⁴.

Isto é, procura-se neste capítulo superar estudos de simples juízo de adequação/inadequação entre fato e norma nos casos concretos em matéria penal (delito), ampliando o campo de análise a partir da interpretação conjunta de todas essas matérias, zelando-se, assim, para que a aplicação do direito material e/ou processual, pelos órgãos que lidam diariamente com os fenômenos criminais (polícia, Ministério Público, Judiciário e sistema penitenciário), também seja feita à luz dos direitos fundamentais, em razão da eficácia irradiante destes sobre o ordenamento jurídico.

Portanto, a partir dessa abordagem transdisciplinar e com evocação da complexidade do contemporâneo, objetivar-se-á apontar direções e sugestões para reformulação do atual sistema de processo penal, adequando-o às novas perspectivas, notadamente da possibilidade de confluência entre o Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa, principalmente, em relação à reparação integral do dano à vítima. Em verdade, o caminhar epistemológico das ciências criminais exige “aberturas”, “múltiplos olhares” e “abordagens interdisciplinares” que perpassam, atualmente, pela análise conjunta dos quatro pilares da moderna criminologia (análise do delito, do delinquente, da vítima e do controle social) até o ponto de chegada, ou, pelo menos em tese, ponto de partida da “*prevenção da infração penal no Estado Democrático de Direito*”, sendo certo que só haverá benefícios na utilização conjunta dos dois institutos.

114 ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 39.

3.1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Em breve introito, destaca-se que a Justiça Restaurativa¹¹⁵ revela múltiplas facetas, não sendo o olhar jurídico único ou exclusivo. Ela é “*meio de transformação dos espaços onde se busca a Justiça, sejam eles formais ou informais, em espaços e abordagens democráticas e de participação ativa na construção de soluções/resoluções, a partir de experiências de troca de saberes e de discursos*”¹¹⁶. Em verdade, uma das principais premissas da Justiça Restaurativa é justamente essa necessidade de despir-se de conceitos prévios a fim de melhor compreender o tema, razão pela qual deve-se “*trocar as lentes*”, conforme propugna Howard Zehr.

Inclusive, há quem diga que existem tantas Justiças Restaurativas quanto pessoas que lidam com o tema, sendo comum a apresentação de várias óticas, principalmente, em uma análise de direito comparado. Nils Christie apresenta um breve caso no qual é possível identificar algumas das principais premissas que, ainda hoje, servem como norte para a Justiça Restaurativa. Confira-se:

Sobre acontecimentos e não acontecimentos

Levemos o nosso ponto de partida para longe. Analisemos a Tanzânia. Deixe-nos apresentar o nosso problema a partir de um caso da ensolarada província de Arusha. Aqui, dentro de uma casa relativamente grande em uma pequena vila, um fato chamou a atenção. A casa estava superlotada. A maioria dos adultos da aldeia e vários vizinhos estavam lá. Foi um acontecimento feliz, conversa rápida, piadas, sorrisos, atenção redobrada, nenhuma frase a ser perdida. Era um circo, um drama. Era um caso judicial. O conflito desta vez era entre um homem e uma mulher. Eles estavam casados. Durante um longo período, ele investiu muito no relacionamento até que ela colocou um ponto final. Agora, ele queria seus investimentos de volta. Ouro e prata e dinheiro foram facilmente decididos, mas e os móveis já usados, e o que dizer sobre as despesas gerais? O resultado não tem

115 A expressão Justiça Restaurativa passou a ser utilizada apenas a partir dos anos de 1990, e se referia aos “*diversos programas implementados desde meados da década de 1970, caracterizados por encontros mediados entre vítimas e ofensores, focados na reparação e na reconciliação*”. STRANG, Heather. *Repair or Revenge: victims and restorative justice*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 45. APUD ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Não obstante, suas origens remontam a iniciativas sociais que foram implementadas a partir dos anos de 1970. Como exemplo, citam-se os movimentos da “Victim Offender Reconciliation Program (VORP)” e/ou “Victim Offender Mediation (VOM)”, nos quais coloca-se às vítimas interessadas (crimes patrimoniais e lesões menores) a possibilidade de conhecer seus agressores em um ambiente seguro e estruturado, permitindo, assim, a responsabilização direta dos infratores, ao mesmo tempo em que fornece apoio e assistência às vítimas. Nesse caso, as vítimas informavam aos infratores como o crime as afetou, recebiam respostas e poderiam formular plano de restituição com a assistência de um facilitador voluntário. In MORAN, Katie. *Restorative Justice: a Look at Victim Offender Mediation Programs*. Disponível em: <https://research.library.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=swjournal>. Acesso em 17/07/2022.

116 SALM. João. LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Seqüência*, n. 64, UFSC. p. 195-226, jul. 2012. p. 3. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>. Acesso em: 20/07/2022.

interesse em nosso contexto. Mas, sim, a estrutura para a solução do conflito. Cinco elementos devem ser particularmente mencionados:

1. As partes, os ex-amantes, estavam no centro da sala e eram o centro das atenções de todos. Eles frequentemente conversavam e eram prontamente ouvidos.
2. Perto deles estavam parentes e amigos que também participavam, mas eles não assumiam o controle.
3. Houve também a participação do público em geral com curtas perguntas, informações ou piadas.
4. Os Juízes, três secretários locais do partido, estavam extremamente inativos. Eles eram obviamente ignorantes em relação aos fatos. Todas as outras pessoas eram especialistas. Eles eram especialistas em normas, bem como em ações. E eles cristalizaram normas e esclareceram o que havia acontecido por meio da participação no procedimento.
5. Nenhum repórter participou. Eles estavam lá¹¹⁷.

Pois bem, nesse pequeno excerto do artigo “*Conflito como Propriedade*”, Nils Christie relata um pequeno julgamento ocorrido na Tanzânia, do qual se extraem os seguintes apontamentos: a) as partes são o centro das atenções. Elas falavam e eram ouvidas; b) as pessoas podem interferir na discussão desde que não tomem posse da discussão; c) os outros também tinham voz; e d) os juízes devem atuar de forma passiva, reconhecendo sua falibilidade. A especialidade destes é quanto às leis e não quanto ao conflito propriamente dito. Pouco a pouco trazem as leis para dentro do conflito. Esses poucos pontos retratados no caso acima traduzem de forma bastante atual o que se entende por Justiça Restaurativa.

Além disso, relembra-se o famoso caso, ocorrido no ano de 1974, de 2 (dois) jovens canadenses acusados de vandalismo contra 22 (vinte e duas) propriedades. A respeito do caso, Aida Carlucci explica que:

Não se tratava de um fato habitual e os habitantes estavam indignados. Os jovens não tinham antecedentes, e Mark Yantzi pensou que os infratores não necessitavam de castigo, senão assumir responsabilidades. Aconselhou o juiz que os jovens enfrentassem pessoalmente a obrigação de reparar o dano causado. No começo, o juiz rechaçou a sugestão, por não ter nenhuma base legal, porém ao proferir a sentença ordenou que os jovens cumprissem o sugerido e logo lhe fizessem um relatório do que haviam visto, conversando com as vítimas, e dos danos que estas haviam sofrido. Sob a vigilância do oficial e de um tal de Worth (outro integrante da seita de menonitas), foram às casas e aos estabelecimentos comerciais das vítimas, admitiram os danos e lograram um acordo para restituir todas as perdas ocasionadas. Aos três meses haviam cumprido o compromisso assumido. Posteriormente, os

117 CHRISTIE, Nils. Conflict as Property. The British Journal of Criminology. Vol. 17. n. 1. Jan. 1977. p. 2. Disponível em: <https://criminologiacabana.files.wordpress.com/2015/10/nils-christie-conflicts-as-property.pdf>. Acesso em: 10/07/2022.

menonitas de Indiana tiveram conhecimento da experiência de Kitchener e instalaram uma espécie de serviço similar¹¹⁸.

Identificadas algumas premissas básicas e como pano de fundo as ilustrações dos casos concretos acima apresentadas, buscar-se-á responder: o que é a Justiça Restaurativa?

Howard Zehr ao tentar responder “o que é Justiça Restaurativa?” chegou à conclusão de que é mais importante definir aquilo que a Justiça Restaurativa não é, explicando que ela: *i)* não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação; *ii)* não é mediação; *iii)* não tem por objetivo reduzir a reincidência ou as ofensas em série; *iv)* não é um programa ou projeto específico, detalhando que ela é a bússola e não o mapa; *v)* não foi concebida para ser aplicada a ofensas comparativamente menores ou ofensores primários; *vi)* não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos; *vii)* não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o processo penal; *viii)* não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento e *viii)* não se contrapõe necessariamente à Justiça Retributiva¹¹⁹.

A Justiça Restaurativa possui, assim, um conceito aberto e suscetível aos novos influxos da sociedade. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa busca trazer para dentro do processo aqueles que, até outrora – apesar de também terem sido afetados –, eram desconsiderados, incluindo, assim, as vítimas e os membros da comunidade. Trata-se de “*uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas ao conflito*”¹²⁰.

Tal situação se coaduna perfeitamente com os seguintes deslocamentos: *i)* do foco temporal que a Justiça Restaurativa também promove ao superar o passado a partir do questionamento acerca do “o que ele / ela fez” e alcançar o futuro com a indagação sobre “o que nós podemos fazer para mudar esta situação”; *ii)* do âmbito de atuação institucional, substituindo a penalização do ofensor pelo cuidado das necessidades e dos contextos de todos os envolvidos na situação problemática, principalmente, das vítimas; *iii)* do ato de responsabilização, uma vez que as pessoas (Estado, ofensor, vítima e sociedade) assumem suas responsabilidades ao serem chamadas à ação, realizando, assim, um processo dialógico-

118 CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. Justiça Restaurativa: Posible Respuesta para el Delito Cometido por Personas Menores de Edad. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004. p. 118-119.

119 ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa; tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 18/22.

120 JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 169.

reflexivo e do confronto com os danos reais e com a dor causada. Isto é, a ação recai sobre os próprios sujeitos; e, principalmente, *iv*) do deslocamento da própria atuação do sistema judiciário – como lugar de decisão, o qual pressupõe relações hierarquizadas de dominação e submissão – para a comunidade, em que é possível o diálogo para a construção de relações que respeitam direitos e necessidades. Em verdade, em vez da busca pela “decisão”, deve-se procurar a “construção”.

Assim, a Justiça Restaurativa passa a ser enxergada a partir de uma perspectiva fundada nos valores e nas relações interpessoais (*multiplicidade humana e valorativa*) com o objetivo de, literalmente, restaurar a responsabilidade, a liberdade e a harmonia que existem nos grupamentos sociais¹²¹. Portanto, é sob essa ótica que pautar-se-á a análise da Justiça Restaurativa na tentativa de se apresentar soluções ao sistema de justiça.

3.2 A FETICHIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO INSTRUMENTO DO ABOLICIONISMO PENAL

Nessa parte, buscar-se-á afastar a Justiça Restaurativa enquanto instrumento do chamado “abolicionismo penal”. Isso porque há aqueles que a analisam a partir do velho adágio da “torre de marfim”, desconectando-se da sociedade que a mantém e desprezando o espírito republicano. Isto é, buscam desenvolvê-la a partir de uma redoma auto e retroalimentada por suas próprias teorias e convicções.

Apesar de ter destinado um tópico exclusivamente a reafirmar a importância do Direito Penal (Capítulo 2 – A tutela penal dos direitos fundamentais), principalmente, em relação à Teoria do Bem Jurídico, pede-se vênia para tangenciar novamente o assunto, haja vista que – em época de pós-modernidades – o óbvio precisa ser dito, com o objetivo de não desvirtuar o sistema penal e, muito menos, o sistema restaurativo.

Não se nega que a responsabilização penal, assim como a responsabilização civil e administrativa são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, cada qual a sua maneira e com as particularidades que lhes competem, porém o direito penal goza da prerrogativa de ser a *ultima ratio/a última fronteira* na busca pelo reconhecimento da eficácia do ordenamento jurídico. O legislador deve hierarquizar e racionalizar os instrumentos disponíveis para responder ao problema que se apresenta de maneira adequada e eficaz, sendo

121 SALM, 2012, p. 2.

que – nessa visão – a intervenção penal deve possuir como fim imediato a garantia da segurança jurídica e a promoção da defesa social.

Não obstante, cada vez mais chamam a atenção as teorias abolicionistas. Em que pese possuírem múltiplas características, Ferrajoli as define como sendo aquelas que não conferem legitimidade ao Direito Penal, porquanto não concordam moralmente com a justificativa de seus fins frente ao sofrimento ocasionado *e/ou* porque acreditam ser mais vantajosa a substituição da sanção punitiva por meios pedagógicos ou de controle social informal. Acrescenta ainda que a doutrina abolicionista difere das doutrinas substitucionistas (que propõem a substituição da pena por tratamentos, incorrendo em um correccionalismo positivo) e das doutrinas reformadoras (que propugnam sanções penais menos aflitivas do que a pena de prisão)¹²².

Em verdade, a Justiça Restaurativa surgiu no mesmo contexto em que se proliferaram teorias da Criminologia Crítica, a qual repousa suas bases no inconformismo quanto à visão tradicional do sistema e na premissa de que a lei e a punição integram a estrutura do sistema que, por si só, produziria desigualdade social e, dessa maneira, reproduziria paradigmas que reforçam a referida estereotipificação do *desvio* e do *desviante*, demandando, assim, a eliminação do vigente modelo de Justiça Penal ou a utilização de modelos menos radicais como alternativa à segregação.

A análise quanto à Justiça Restaurativa pede cuidado nesse ponto, haja vista que hodiernamente se proliferam teorias visando aproximá-la cada vez mais do “*abolicionismo penal*”. Prova disso, é a obra do escritor Achutti “**Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflito**”. Sem prejuízo, não se desconhece que “a crise de paradigma” apresentada pela doutrina abolicionista, representada por Michel Foucault, Thomas Mathiesen, Louk Hulsman, Nils Christie e tantos outros autores, tiveram suas influências na formação e desenvolvimento da Justiça Restaurativa¹²³. Entretanto, a Justiça Restaurativa é aberta e complexa demais para ficar à mercê de apenas um lado do espectro ideológico, principalmente quando o lado representa “*uma utopia regressiva*”¹²⁴.

122 FERRAJOLI, 2002, p. 248.

123 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal; tradução Vânia Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 99-100.

124 FERRAJOLI, 2002, p. 341.

Quando traduzimos uma perspectiva diferente da nossa, o fazemos sempre a partir da própria cultura. Afinal de contas, já dizia Lyra Filho: “*o que importa não é ser neutro (se ninguém o é) ou engajado (já que todos são): é achar o engajamento certo e defendê-lo, sem frouxidão, nem sectarismo*”¹²⁵.

O reexame aqui proposto, ainda que não desenhe qualquer revolução hermenêutica, pode ser útil não só para a diminuição da resistência que as “práticas restaurativas” enfrentam no atual sistema do Poder Judiciário, publicizando, assim, métodos de primeira grandeza, como também para alinhar os termos do debate hodierno a respeito dos novos caminhos do Direito Penal. Tudo isso, em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

Com efeito, a Justiça Restaurativa nasce como método de (re)pensar o direito penal, questionando qual seria o significado das punições, qual seria o objetivo das instituições de Justiça e como construir outras formas do “Justo” que seria a tensa conexão entre as pessoas na busca de uma pacificação social. Ela é construída como uma abertura para o questionamento de conceitos, formas de convivência e formas de lidar com o conflito.

Ocorre que, como anteriormente adiantado, na tentativa de responder as referidas indagações, eclodiram – simultaneamente – inúmeras outras teorias com leituras específicas da sociedade (citam-se, por exemplo, as teorias criminológicas do consenso e as do conflito). A exemplo de tantos outros autores, Achutti prefere correlacionar as teorias do conflito com a Justiça Restaurativa. Veja-se:

Nos anos 1960 dos Estados Unidos, estes movimentos podem ser considerados pontos cruciais para a emergência da justiça restaurativa: enquanto a luta pelos direitos civis salientava a discriminação racial em todos os âmbitos do sistema de justiça e apontava para políticas de descarcerização com ênfase na necessidade de criação de alternativas ao sistema prisional e de respeito aos direitos dos presos, o movimento feminista chamava a atenção para o mau tratamento das vítimas na justiça criminal, e igualmente estava envolvido em campanhas pelos direitos dos presos. Ambos os movimentos perceberam, assim, que possuíam pontos em comum em suas experiências de injustiça e de tratamento indiferente pelo sistema oficial¹²⁶.

Retoma, ainda, os ensinamentos dos autores Daly e Immarigeon para os quais um amplo encadeamento de iniciativas sociais implementadas a partir dos anos de 1970 teria sido identificado atualmente como sistemas restaurativos, citando como exemplo: (a) os *direitos*

125 LYRA FILHO, Roberto. Por que Estudar Direito, Hoje? In: O direito achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990.

126 ACHUTTI, Daniel Silva Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62.

*dos prisioneiros e alternativas às prisões*¹²⁷; (b) *as resoluções de conflitos*¹²⁸; (c) *os programas de reconciliação vítima-ofensor*¹²⁹; (d) *a mediação vítima-ofensor*¹³⁰; (e) *os grupos de defesa dos direitos das vítimas (victims advocacy)*¹³¹; (f) *as conferências de grupos familiares (family group conferences)*¹³²; e (g) *os círculos de sentença (sentencing circles)*¹³³.

Em que pese o esforço hercúleo dos autores, a Justiça Restaurativa não é substituto do processo penal, nem mesmo uma alternativa ao aprisionamento e muito menos se contrapõe à Justiça Retributiva, porquanto, como desenvolvido nos capítulos anteriores: (i) o processo ainda se faz necessário como salvaguarda e defesa dos direitos fundamentais dentro da perspectiva garantista; (ii) as abordagens restaurativas não são necessariamente uma alternativa à privação de liberdade, mas podem ser usadas em conjunto (relação de complementariedade) com as sentenças de privação de liberdade, ou em paralelo a estas e (iii) a sociedade ainda precisa de um sistema para descobrir a verdade da melhor forma possível nos casos em que as pessoas negam suas responsabilidades¹³⁴.

127 Para o qual “*acadêmicos e operadores do sistema de justiça consideravam injusto o tratamento dispensado a apenados e comunidades empobrecidas, e percebiam uma forte discriminação de gênero e racial, e buscavam melhorar as condições da prisão, reduzir o encarceramento e até mesmo abolir algumas penitenciárias, com ênfase na criação de sanções intermediárias que evitassem o uso do cárcere*”. In ACHUTTI, 2016. p. 63.

128 Abrange o desenvolvimento de conselhos comunitários de justiça e centros de justiça comunitária, criados a partir da segunda metade da década de 1970, que refletiam uma busca por maior acesso à justiça e uma desilusão em relação ao sistema oficial de justiça. A negociação entre os leigos, com participação minoritária de profissionais, era a principal forma adotada pelos comunitaristas; In ACHUTTI, 2016. p. 63.

129 Com início no Canadá (1974) e nos EUA (1977), envolviam encontros entre vítimas e ofensores após as decisões judiciais, na presença de uma terceira pessoa (mediador), para buscar restabelecer as relações quebradas pelo conflito; In ACHUTTI, 2016. p. 63.

130 No final dos anos 1970, as vítimas passaram a preferir o termo *mediação* em vez de *reconciliação*, e envolvia basicamente a mesma estrutura dos programas de reconciliação, mas neste caso outras pessoas afetadas pelo conflito poderiam participar dos encontros, em especial em casos de crimes graves. Sua utilização teve início principalmente na justiça juvenil, e foi introduzido na Inglaterra, na Escandinávia e em países da Europa Ocidental no final dos anos 1970 e ao longo dos anos 1980; In ACHUTTI, 2016. p. 64.

131 Partindo do pressuposto de que as vítimas não desempenhavam papel relevante na justiça criminal, ativistas feministas e acadêmicos defendiam a necessidade de maior atenção por parte da polícia e das cortes de justiça a mulheres e crianças vítimas de violência física ou sexual, ressaltando a importância da restituição dos danos, da necessidade de qualificar a participação das vítimas nos processos judiciais, e de aumentar a segurança nas comunidades. Com a percepção de pontos em comum em seus programas, grupos de defesa das vítimas e de reforma da justiça criminal começaram a aumentar a partir dos anos 1990; In ACHUTTI, 2016. p. 64.

132 Em 1989, a Nova Zelândia alterou a sua legislação juvenil em função da percepção do excesso de jovens pertencentes aos Maori (nativos neozelandeses) no sistema de detenção juvenil. A partir das práticas dos Maori, as conferências se estabeleceram e possibilitaram o enfrentamento da maioria das infrações cometidas por jovens, em especial os mais graves. As diferenças em relação à mediação vítima-ofensor residem na possibilidade de maior inclusão de membros da comunidade nas discussões sobre o caso, na mais ampla receptividade de pessoas vitimizadas e na enfática participação dos membros da família do ofensor. Nos anos 1990, foi adotada também nas operações policiais na jurisdição de Nova Gales do Sul, na Austrália, e atualmente é utilizada também em outros países, como Inglaterra, Canadá e EUA; In ACHUTTI, 2016. p. 64.

133 ACHUTTI, 2016. p. 64.

134 ZEHR, 2012, p. 18/22 e 72.

Por isso, a visão de que os direitos fundamentais possuem uma função de proteção significa que a proteção pode ser efetivada não apenas pela abstenção em violar os direitos fundamentais (pelo próprio Estado), mas, igualmente, a partir da adoção de intervenções a fim de garantir a proteção desses direitos contra as diversas ameaças (independentemente de onde venham). A partir daí, revela-se que as ameaças aos bens jurídicos, levadas a efeito por qualquer sujeito, devem ser corretamente neutralizadas por meio de uma atividade protetiva. Inclusive, pede-se vênua para pegar emprestado os ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris, o qual inovou ao trazer – no âmbito do direito civil (e que não enfrenta óbices dentro do direito penal) – a figura da proibição de insuficiência¹³⁵.

Sendo assim, apesar da intenção dos autores em apresentar a Justiça Restaurativa enquanto novo paradigma de resolução de conflitos e, por consequência, redução do sistema penal, tais indicações, embora nobres, são inalcançáveis pelas propostas apresentadas, que, caso levada a efeito, resultariam no inverso. Isso porque o discurso atraente e cativante do “abolicionismo penal” propondo soluções absolutórias (mesmo quando as evidências do processo apontem na direção oposta) ou o abrandamento da punição (desproporcionada à gravidade *in concreto* do delito, sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o criminoso ou desviante, como preferem chamar, sujeita-se, quando muito, a uma reprimenda simbólica) não guarda eco na sociedade, sendo vistas como formas de aumentar a impunidade e desacreditar o sistema¹³⁶.

Prova disso é que (não só no Brasil, mas no mundo) a intolerância com a prática de crimes graves é cada vez mais frequente e não se reduz a um único espectro ideológico (direita ou esquerda). Inclusive, a academia passou a denominar tais vertentes de “*neorrealismo de esquerda*”¹³⁷ e “*neorrealismo de direita*”, sendo que ambas possuem como ponto de convergência o aumento da criminalização de condutas e o endurecimento penal.

135 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht. AcP, B. 184. Tübingen: Mohr, 1984, p. 225.*

136 Nesse ponto, reafirma-se que não se defende o aumento das penas e/ou a criação de mais penas, mas, sim, a aplicação das que já existem, com o fim de superar a sensação comum de impunidade que é a marca do atual ordenamento.

137 Em seu artigo “A esquerda punitiva”, a autora Maria Lúcia Karam traz um olhar crítico para o neorrealismo de esquerda no sentido de que ele se aproxima de bandeiras típicas de “neorrealismo de direita”. Confira-se: “Tomados por um desenfreado furor persecutório, amplos setores da esquerda centralizaram seus discursos em histérico e irracional combate à corrupção, não só esquecidos das lições da história, como incapazes de ver acontecimentos presentes. (...) Perdendo sua antiga visão crítica sobre a ‘imprensa burguesa’, setores da esquerda reproduzem literalmente o que dizem os órgãos massivos de informação quanto a um aumento descontrolado da criminalidade”. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>. Acesso em: 10/07/2022.

Às vezes, superestimar as causas sociais do crime pode ser uma maneira delicada de responsabilizar levemente o sistema por todas as mazelas aflitivas, de modo a manter a situação como está, ou ainda, conscientemente, piorá-la a passos largos diante da passividade generalizada. Nesse passo, afastar a Justiça Restaurativa do abolicionismo penal é afastá-la do radicalismo de suas ideias, tidas como utópicas, e aproximar, cada vez mais, a sociedade / comunidade na resolução dos conflitos, sem que haja qualquer supressão de direitos e/ou garantias do acusado (ainda mais quando conjugada a Justiça Penal Consensual).

Afastá-la do abolicionismo penal é reconhecer que a Justiça Restaurativa possui os seus méritos ao permitir que as próprias partes apresentem soluções apropriadas e reparadoras, atentando-se para as peculiaridades do caso concreto, o que também guarda estrita consonância com os postulados da Justiça Consensual.

Portanto, diante das premissas traçadas a respeito do garantismo e a sua proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos), associadas à proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados/processados, constata-se que a utilização dos métodos restaurativos a partir de uma leitura mais voltada às teorias sociológicas da criminologia não representam o regresso a qualquer barbárie, mas a superação de uma visão monocular e incapaz de dialogar. Prevenção e repressão andam a par e, a despeito do enfoque restaurativo propugnar um compromisso com o ofensor e os demais envolvidos, exige-se, primeiramente, uma participação ativa e reflexiva sem a qual não há que se falar em Justiça Restaurativa.

3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO OUTRO MODELO INTERVENTIVO

As relações sociais implicam em obrigações e responsabilidades mútuas e, uma vez quebrada essa estabilidade, deve-se buscar restaurá-la. A Justiça Restaurativa apresenta outro caminho nessa incessável busca, dando preferência às necessidades da vítima e às consequentes obrigações do ofensor.

A reflexão sobre necessidades logo leva às questões de responsabilidade e dever. Violações geram obrigações. (...) Afinal, se alguém causa dano a outrem, esse alguém tem uma obrigação, uma dívida. O ofensor deveria reconhecer isto voluntariamente e aceitar as responsabilidades, e o processo judicial deveria servir de estímulo¹³⁸.

138 ZEHR, 2012, p. 22

Em verdade, costumeiramente estabelece uma cisão entre “justiça restaurativa” e “justiça retributiva”, sendo que o próprio Howard Zehr reconhece que “*recentemente comecei a acreditar que tal polarização pode ser um tanto enganadora*”, haja vista que há, sim, similitudes e pontos de contato entre as duas, principalmente, quanto à noção básica de que “*o comportamento socialmente nocivo desequilibra a balança*”¹³⁹.

Nesse sentido, Howard Zehr explica que a Justiça Restaurativa representa uma nova visão para uma antiga situação. Em vez de enxergar o crime enquanto violação da lei e do Estado, passa-se a vê-lo como violação de pessoas e de relacionamentos. Em vez de aferir que as violações ocasionam culpa, examina-se que as violações geram obrigações. Modifica-se o fato de que o Estado determina a culpa e impõe uma punição pelo envolvimento das vítimas, dos ofensores e membros da comunidade num esforço comum para corrigir a situação. E, por fim, modica-se o foco central de análise, substituindo a premissa de que os ofensores devem receber o que merecem pela efetiva reparação do dano cometido a partir do suprimento das necessidades da vítima e da responsabilização do ofensor¹⁴⁰.

Por outro lado, há casos demasiadamente complexos ou hediondos para serem resolvidos por aqueles diretamente envolvidos, surgindo, assim, a necessidade de um processo que supra as demandas e obrigações da sociedade para além dos interesses diretos dos envolvidos, sendo este a Justiça Retributiva que – apesar de todas as críticas recebidas – ainda seria o melhor sistema.

Nesse sentido, César Barros Leal retomando a teoria conceitual sobre Justiça Restaurativa formulada por Paul McCold e Ted Watchel explica que ela se assenta em 3 (três) estruturas conceituais: *i*) janela da disciplina social; *ii*) o papel das partes interessadas e *iii*) a tipologia das práticas restaurativas¹⁴¹.

Quanto à teoria da “Janela da Disciplina Social”, esta esclarece que aqueles que exerçam qualquer autoridade têm como desafio a manutenção da disciplina social e, para tanto, podem exercer o que chamam de “controle alto” ou “controle baixo” e “apoio alto” ou “apoio baixo”, sendo que a partir da combinação da relação *controle x apoio* é que surgem os quatro enfoques de regulamentação da conduta: *punitivo, permissivo, negligente e restaurativo*.

139 ZEHR, 2012, p. 72.

140 ZEHR, 2012, p. 33.

141 LEAL, César Barros. Justiça restaurativa amanhecer de uma era: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores, Curitiba: Juruá, 2014. p. 108 e 109.

Dessa forma, tanto a justiça retributiva quanto a justiça restaurativa exerceriam controles altos (caracterizados por limites muito bem demarcados e pelo cumprimento rigoroso de princípios de condutas), sendo que a diferença estaria na preocupação em prestar uma assistência ativa aos envolvidos (apoio alto) ou pela ausência de incentivo e interesse mínimo em relação às necessidades de ordem física ou emocional (apoio baixo)¹⁴². Ou seja:

Sendo negligente o enfoque, não se fará NADA em resposta ao crime. Sendo permissivo, tudo se fará PELO ofensor, tratado com respeito, requerendo-se lhe muito pouco em troca, justificando-se amiúde sua afronta. Sendo punitivo, haverá resposta, uma reação; se fará algo AO ofensor (admoestação ou castigo), sem esperar muita participação ativa e reflexiva de sua parte. Sendo restaurativo, assume-se um compromisso com o ofensor (para fins de sua participação ativa e reflexiva) e os demais, convidando-os a ter uma participação direta no processo de conscientização, reparação e assunção de responsabilidades¹⁴³.

O papel das partes interessadas é definido a partir da relação entre dano x necessidade, partindo do pressuposto de que as necessidades originam-se do delito e das próprias respostas restaurativas. Divide os sujeitos em partes interessadas primárias (aqueles que sofrem dano direto e possuem necessidades específicas) e partes interessadas secundárias (que sofrem dano indireto e possuem necessidades coletivas). No primeiro grupo estão as vítimas, os transgressores e eventuais familiares e /ou outras pessoas mais próximas que constituem a comunidade de apoio, os quais atuarão de forma ativa; e no segundo grupo estão a sociedade civil e o próprio Estado (representado pelas autoridades), os quais atuarão dando apoio¹⁴⁴.

Ao final, em relação à tipologia das práticas restaurativas, Leal explica que há tipos e graus de práticas restaurativas, as quais correlacionam a reparação às vítimas, responsabilidade do transgressor e reconciliação por comunidades de assistência com o objetivo de identificar se tais práticas são totalmente restaurativas (englobam as 3 áreas: vítima, transgressor e comunidade), na maior parte restaurativas (afetam 2 áreas) e parcialmente restaurativas (quando centram suas atenções em apenas 1 área)¹⁴⁵. Cita-se como exemplo:

142 LEAL, 2014, p. 108 e 109.

143 LEAL, 2014, p. 108 e 109.

144 LEAL, 2014, p. 110 e 111.

145 LEAL, 2014, p. 112 e 113.

Totalmente restaurativa: círculos de paz, conferências de grupos familiares, e conferências restaurativas;

Na maior parte restaurativas: círculos de apoio à vítima; restituição a vítima; mediação entre vítima e agressor; disciplina positiva; conferência sem vítimas; e comunidades terapêuticas;

Parcialmente restaurativas: serviço à vítima; compensação por crime; serviços comunitários relacionados; alguns painéis de auxílio a jovens, alguns conselhos reparativos, treinamento de sensibilização para vítimas; serviço a famílias de transgressores e serviço social as famílias¹⁴⁶.

Para finalizar, mostra-se adequado estabelecer os princípios sob os quais a Justiça Restaurativa se funda. São eles: Assunção de Responsabilidade; Boa-fé; Celeridade/Duração Razoável; Complementariedade; Confidencialidade; Consensualidade; Cooperação; Dignidade Humana ou Humanidade; Disciplina; Economia de Custos; Informalidade; Mútuo Respeito; Voluntariedade; dentre tantos outros. Ou seja, os princípios da Justiça Restaurativa devem ser analisados em conjunto para muito além de suas particularidades, formando uma verdadeira concatenação de atos, uma teia de princípios. Além disso, eles representam um convite para a transformação de paradigmas. Permitem a substituição do paradigma que enxerga o conflito entre as partes de forma individual (com o indivíduo isoladamente considerado) pela lógica relacional (com ser humano a partir de suas próprias relações). São os princípios restaurativos que permitem a mudança do paradigma de convivência social que passará a ser pautada pelo diálogo, pela tolerância, pela reparação de danos e, principalmente, pela construção de responsabilidades individuais e coletivas – pautada pela cooperação e pelo cuidado. É a verdadeira superação do conflito pela própria convivência.

É nesse contexto, portanto, que “a *Justiça Restaurativa prefere processos inclusivos, colaborativos e decisões consensuais*”¹⁴⁷, razão pela qual abordar-se no próximo tópico o Acordo de Não Persecução Penal enquanto porta de entrada dos métodos restaurativos.

3.4 A INCORPORAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes mesmo de ocorrer qualquer implementação ou alteração legislativa acerca do tema, houve a eclosão de alguns projetos-pilotos de Justiça Restaurativa ao longo do Brasil, contando, inclusive, com recursos do Poder Público para a sua efetivação. Isto é, a Secretaria

¹⁴⁶ LEAL, 2014, p. 112 e 113.

¹⁴⁷ ZEHR, 2012, p. 37.

de Reforma do Poder Judiciário celebrou acordo de Cooperação Técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no qual metade do valor foi direcionado para programas de justiça restaurativa no país¹⁴⁸.

Dentro do referido programa, foram beneficiados os projetos-pilotos de: *i*) Brasília/DF, o qual centrou-se no âmbito do Juizado Especial Criminal; *ii*) São Caetano do Sul/SP, tendo por objeto a implementação da Justiça Restaurativa na área da infância e juventude, mas a partir da integração entre Poder Judiciário e escolas; e *iii*) Porto Alegre/RS, também na área da infância e juventude, mas apenas no âmbito judicial, sendo executado na Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas¹⁴⁹. Pode-se dizer que os referidos projetos foram os pioneiros, mas não são os únicos¹⁵⁰. Isso porque faltar-se-ia com a verdade desconsiderar os inúmeros outros projetos que foram desenvolvidos ao longo do país e que a cada dia ganham mais força.

Além disso, identifica-se que muitos dos princípios da Justiça Restaurativa se assemelham aos princípios do microsistema jurídico de proteção da Criança e do Adolescente, o que tem facilitado, cada dia mais, a incorporação de métodos restaurativos. Dessa forma, a área da infância e juventude foi a grande pioneira na utilização de métodos restaurativos, sendo que, a partir da Lei n. 12.594/12 (Lei do SINASE), previu-se que a execução das medidas socioeducativas reger-se-ão, dentre outros princípios, pela *“prioridade a prática ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam as necessidades da vítima”*.

Posteriormente, a Justiça Restaurativa foi estabelecida como “diretriz estratégica” do CNJ¹⁵¹ e, logo em seguida, adveio a Meta n. 08, direcionada a todos os Tribunais, a fim de que implementassem práticas de Justiça Restaurativa a partir da capacitação de equipes para oferecerem práticas de Justiça Restaurativa, bem como implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim até 31/12/2016.

148 TIVERON, Raquel. Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília, DF: Trampolim, 2017. p. 294.

149 TIVERON, 2017, p. 295.

150 Em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, identificou-se que a grande maioria dos Tribunais (Estaduais ou Federais) confirmou ter algum movimento de Justiça Restaurativa em sua estrutura. Veja-se: Especificamente, 17 (dezessete) deles disseram possuir programas de Justiça Restaurativa (TJAP, TJBA, TJDFT, TJES, TJMS, TJMT, TJPA, TJPE, TJPI, TJPR, TJRN, TJSC, TJSP, TJTO, TJRS, TRF-1ª e TRF-4ª); 10 (dez), projetos de Justiça Restaurativa (TJAL, TJAM, TJCE, TJGO, TJMG, TJPI, TJRJ, TJSE, TJTO e TRF-4ª); e 06 (seis), ações em Justiça Restaurativa (TJGO, TJMA, TJPB, TJRO, TRF-3ª e TRF-4ª). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/FINAL-Planejamento-da-Poli%CC%81tica-Nacional-de-Justic%CC%A7a-Restaurativa-Resumido.pdf>. Acesso em: 07/07/2022.

151 Portaria de 16 de fevereiro de 2015.

Na sequência, o CNJ publicou a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, a qual: *“Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”*, concretizando, assim, seu primeiro marco normativo¹⁵². Quanto ao conceito, a referida legislação definiu que a Justiça Restaurativa corresponde ao:

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

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

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

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

Nesse sentido, afere-se que a Justiça Restaurativa pode, sim, ser utilizada pelas autoridades como instrumento de garantia da lei e da ordem e/ou na manutenção da disciplina social, mas sob uma nova perspectiva, a da responsabilidade ativa, com a prestação de assistência ativa aos envolvidos.

A Resolução nº 225/2016 previu, ainda, uma série de princípios já reconhecidos pela doutrina, a saber: *“a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a*

152 O Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e portanto, as do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) ostentam “caráter normativo primário”. Desse modo, o CNJ e o CNMP, “no exercício de suas atribuições administrativas”, ostentam o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”. Veja-se: *“A Resolução do CNMP consiste em ato normativo de caráter geral e abstrato, editado pelo Conselho no exercício de sua competência constitucional, razão pela qual constitui ato normativo primário, sujeito a controle de constitucionalidade, por ação direta, no Supremo Tribunal Federal”*. STF. Plenário. ADI 4263/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25/4/2018.

*participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade*¹⁵³.

Permitiu-se, inclusive, aos tribunais, consideradas as peculiaridades locais e autonomia, suplementarem a referida Resolução naquilo que não lhe for contrário¹⁵⁴, sendo que, a Resolução n. 300, de 29 de novembro de 2019, estipulou que:

Artigo 28-A. Deverão os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, no prazo de cento e oitenta dias, apresentar, ao Conselho Nacional de Justiça, plano de implantação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa, sempre respeitando a qualidade necessária à sua implementação, conforme disposto no artigo 5º, inciso I, e de acordo com as diretrizes programáticas do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário Nacional, especialmente: (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

I – implementação e/ou estruturação de um Órgão Central de Macrogestão e Coordenação, com estrutura e pessoal para tanto, para desenvolver a implantação, a difusão e a expansão da Justiça Restaurativa, na amplitude prevista no artigo 1º desta Resolução, bem como para garantir suporte e possibilitar supervisão aos projetos e às ações voltados à sua materialização, observado o disposto no artigo 5º, caput e § 2º (Item 6.2 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

II – desenvolvimento de formações com um padrão mínimo de qualidade e plano de supervisão continuada (Item 6.4 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

III – atuação universal, sistêmica, interinstitucional, interdisciplinar, intersetorial, formativa e de suporte, com articulação necessária com outros órgãos e demais instituições, públicas e privadas, bem como com a sociedade civil organizada, tanto no âmbito da organização macro quanto em cada uma das localidades em que a Justiça Restaurativa se materializar como concretização dos programas (Item 6.6 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

IV – implementação e/ou estruturação de espaços adequados e seguros para a execução dos projetos e das ações da Justiça Restaurativa, que contem com estrutura física e humana, bem como, que proporcionem a articulação comunitária (Item 6.8 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); e (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

153 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>. Acesso em: 14/05/2022.

154 Nesse sentido, no âmbito do Estado de São Paulo, registra-se a existência dos Provimentos n. 35/2014 e 35/2017, ambos versando sobre a Justiça Restaurativa. No âmbito federal, destaca-se a Portaria Conjunta n. 10/2021, de 22/06/2021, dispondo sobre “a implementação em escala-piloto do projeto *Círculos de Conversa para Equipe no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região*”, bem como a Resolução PRESI n. 18/202, de 24/05/2021, dispondo sobre a “*implementação e disciplina da Política Restaurativa na Justiça Federal da 1ª Região*”.

V – elaboração de estudos e avaliações que permitam a compreensão do que vem sendo construído e o que pode ser aperfeiçoado para que os princípios e valores restaurativos sejam sempre respeitados (Item 6.10 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

Parágrafo único. O Comitê Gestor da Justiça Restaurativa atuará, caso demandado, como órgão consultivo dos tribunais na elaboração do plano previsto neste artigo, acompanhando, também, a sua implementação, cabendo, aos tribunais, enviar relatórios, semestralmente, nos meses de junho e dezembro de cada ano. (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019)

Artigo 28-B. Fica criado o Fórum Nacional de Justiça Restaurativa, que se reunirá, anualmente, com a participação dos membros do Comitê Gestor da Justiça Restaurativa do CNJ, dos coordenadores dos órgãos centrais de macrogestão e coordenação da Justiça Restaurativa nos tribunais, ou de alguém por eles designados, sem prejuízo de participações diversas, que terá como finalidade discutir temas pertinentes à Justiça Restaurativa e sugerir ações ao Comitê Gestor de Justiça Restaurativa do CNJ. (incluído pela Resolução nº 300, de 29.11.2019).

Por fim, quanto à concretização e efetiva implementação nos processos judiciais, consignou-se, de forma expressa, que a adoção dos métodos restaurativos poderá ser realizado em qualquer fase de tramitação, permitindo, inclusive, a autoridade policial sugerir a adoção dos referidos métodos. Veja-se:

DO ATENDIMENTO RESTAURATIVO EM ÂMBITO JUDICIAL

Art. 7º. Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o caput do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social.

Parágrafo único. A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.

Entretanto, é justamente quanto à efetivação / aplicação prática que remanescem as maiores dúvidas, haja vista que, sob a perspectiva penal, a adoção de métodos restaurativos pelas partes não representa, por si só, causa de extinção da punibilidade. Inclusive, quanto ao tema, registra-se que houve tentativa expressa por parte dos legisladores em consolidarem normativamente a Justiça Restaurativa, consubstanciado no Projeto de Lei n. 7.006/2006 da Câmara dos Deputados. Confirmam-se algumas das principais alterações legislativas pretendidas:

Art. 5º - O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

(...)

Art. 7º – Os atos do procedimento restaurativo compreendem: a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento; b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente; c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8º – O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinaridade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Parágrafo Único – O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11 – É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação: X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12 – É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação: VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação: § 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação: § 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo. § 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 – Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação: Art. 93 A – O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Como visto, o legislador se preocupou em responder às principais perguntas que qualquer operador sério do direito se faz quando questionado sobre como efetivamente aplicar na prática os referidos métodos da Justiça Restaurativa. Isto é, em que local será realizado (na sede da Delegacia, do Ministério Público, do Poder Judiciário ou em local estranho a esses órgãos)? Quem serão os participantes? Uma vez cumprido o Acordo Restaurativo, como o

Juiz procederá? Dentre outras inúmeras questões. Houve verdadeira preocupação por parte do legislador em garantir a adoção de um sistema efetivamente aplicável e não apenas mais uma “*jabuticaba jurídica*”. É nesse contexto, portanto, que retoma-se a teoria do garantismo jurídico-penal, o qual, a um só tempo, representa alternativa viável aos modelos de criminalização excessiva/punição desproporcional e ao modelo alternativo proposto pela teoria abolicionista.

Portanto, em que pese a relevância e urgência na adoção dos métodos restaurativos, não podemos utilizá-los a qualquer custo, ainda mais quando orientados sob a perspectiva abolicionista. Isso porque há, sim, sérios riscos de conversão do sistema formal de controle processual penal em modelos desregulamentados de composição dos conflitos, o que remonta, literalmente, às sociedades pré-contratuais, caracterizando um modelo de resposta irracional à violação dos direitos, haja vista que viola, desde o início, o princípio da legalidade. Dessa forma, buscar-se-á responder no próximo capítulo como o Acordo de Não Persecução Penal se mostra – em consonância com a teoria do garantismo penal – a melhor porta de entrada dos métodos restaurativos no ordenamento jurídico brasileiro.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO (“PORTA DE ENTRADA”) DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Lei n. 9.099/95 foi a porta de entrada da Justiça Negociada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada por boa parte da doutrina brasileira uma inovação revolucionária ao apresentar as “infrações de menor potencial ofensivo” e propugnar novas formas de resolução do conflito a partir da “transação penal” e da “suspensão condicional do processo”.

Instituíam-se, assim, instrumentos céleres, com baixo custo e com a mesma eficiência para causas de menor complexidade, inaugurando um novo paradigma, tanto no âmbito cível, quanto no âmbito penal. Logo depois, o legislador editou a Lei n. 9.714/98, inovando sobremaneira quanto à aplicação da pena privativa de liberdade, permitindo sua substituição pelas chamadas penas restritivas de direitos, quando coexistissem, simultaneamente, os seguintes requisitos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§1º – VETADO;

§ 2º-Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Rodrigo Ghringhelli explica que:

O estudo empírico do funcionamento dos Juizados Especiais Criminais revela que a abolição do inquérito policial para os delitos de menor potencial

ofensivo garantiu às vítimas o acesso ao Judiciário, que antes lhes era negado¹⁵⁵.

Dessa forma, objetivando atingir os mesmos fins e superar barreiras do próprio sistema (como retratado no capítulo II desta obra), buscaram-se mecanismos visando trazer esta mesma celeridade aos procedimentos criminais (ordinário e sumário) não contemplados pela Lei n. 9.099/95, mas que já contavam com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Constata-se, portanto, que o Acordo de Não Persecução Penal possui os mesmos requisitos das hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito, mas, agora, trata-se de instrumento pré-processual, de natureza negocial, despenalizadora. Permite-se, assim, que seja afastado o princípio da indisponibilidade da ação penal a fim de que seja realizado ajuste/acordo entre o Ministério Público e o investigado / indiciado com o fim de extinguir a punibilidade do agente desde que preenchidas determinadas condições e que não haja a impossibilidade de celebração.

Logo, objetivando superar todos os problemas relatados no tópico 2.3 da presente obra, remanesce cada vez mais clarividente a presença de institutos do processo penal brasileiro que verdadeiramente representam um direito penal de segunda velocidade, nos moldes da classificação cunhada por Silva Sánchez¹⁵⁶.

E mais, além de superar os mesmos problemas relatados no tópico 2.3 da presente obra, com o fim de estabelecer a verdadeira pacificação social, o Acordo de Não Persecução Penal aparece como “porta de entrada” para a Justiça Restaurativa, permitindo uma verdadeira ressignificação da atuação dos profissionais na área jurídica, muito mais adequada do que os outros instrumentos que derivam da Justiça Penal Consensual, a exemplo da Suspensão Condicional do Processo e da Transação Penal, conforme expor-se-á adiante.

155 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002. p. 74.

156 Foi amplamente retratado no segundo capítulo que a proposta de Silva Sánchez é a de duas velocidades, a saber: a primeira velocidade seria formada pela aplicação de penas privativas de liberdade, com plena vigência das garantias penais e processuais penais e a segunda velocidade pela não aplicação de pena privativa de liberdade e pela flexibilização de garantias.

4.1 A INCORPORAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em breve síntese, tal como a Justiça Restaurativa, o Acordo de Não Persecução Penal também nasceu no ordenamento jurídico a partir de um ato normativo do Conselho Nacional do CNMP¹⁵⁷. A Resolução n. 181/2017 do CNMP foi o primeiro ato normativo disciplinando o Acordo de Não Persecução Penal¹⁵⁸.

157 Repito: O Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e portanto, as do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ostentam “caráter normativo primário”. Desse modo, o CNJ e o CNMP, “no exercício de suas atribuições administrativas” ostentam o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”. Veja-se: “*A Resolução do CNMP consiste em ato normativo de caráter geral e abstrato, editado pelo Conselho no exercício de sua competência constitucional, razão pela qual constitui ato normativo primário, sujeito a controle de constitucionalidade, por ação direta, no Supremo Tribunal Federal*”. STF. Plenário. ADI 4263/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25/4/2018.

158 Registra-se que houve alteração sobre o tema pela Resolução n. 183/2018, recebendo a seguinte redação: Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

Não obstante, severas críticas foram tecidas por parte da academia e de entidades da sociedade civil, em razão do tema ter sido tratado por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, inclusive, quanto a sua constitucionalidade. Veja-se o posicionamento de Brandalise:

A obrigatoriedade no oferecimento da ação penal consiste no dever imposto ao seu titular de intentá-la em todas as ocasiões em que conhecer a notícia de um crime, a partir da presença de elementos de materialidade / existência e indícios de autoria. (...) Por outro lado, a discricionariedade é voltada para uma modificação na compreensão de prevenção e consideração de suportabilidade da criminalidade no seio social, pelo que passa o processo a ter um caráter subsidiário. (...) Eis o primeiro problema: é evidente o caráter processual da Resolução: ela diz com o (não) exercício da ação penal! Ou, dito de outra forma, como a atividade substitutiva do Estado de administração da justiça será realizada. Afinal, é no processo que se dá o confronto entre o *ius puniendi* estatal e o *ius libertatis individualis*, tudo o que é versado neste ponto da Resolução. (...) Como se vê, o texto expedido pelo CNMP é uma resolução e, como tal, tutela – ou deveria tutelar – um interesse ou assunto interno. Logo, deve estar em consonância com a lei processual, não podendo a ela se sobrepor. O CNMP não possui autorização constitucional para alterar a lei formal, pois de Poder Legislativo, em sua essência, não se trata¹⁵⁹.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

159 BRANDALISE, 2016, p. 217.

Prova disso é que foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5790 e 5793, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ordem dos Advogados do Brasil, questionando a instituição do referido instituto jurídico a partir de resolução, o que afrontaria, principalmente, o artigo 22, I¹⁶⁰, além do artigo 5º, incisos II, LIX¹⁶¹ e 129, I¹⁶², todos da Constituição Federal de 1988. Com efeito, uma medida provisória não pode dispor sobre matéria processual e penal, com mais razão uma resolução administrativa também não pode fazê-lo.

Diante das críticas recebidas e da importância do referido instituto, o legislador rapidamente introduziu, formalmente e com algumas alterações quando comparado a Resolução n. 181/2017, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, por meio da Lei n. 13.964/2019, disciplinando que:

Art. 28-A. 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, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - 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; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º 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.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

160 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

161 Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

162 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - 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;

III - 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; e

IV - 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.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º 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, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Sendo assim, feita essa breve referência sobre como se deu o nascimento do acordo de não persecução penal, registra-se que este autor adere ao posicionamento inicialmente

levantado, no âmbito das ADIs quanto à inconstitucionalidade da Resolução n. 181/2017, mas, tão somente, quanto à inconstitucionalidade formal. Isso porque não faz parte da atribuição do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentar normas penais e processuais. Entretanto, uma vez que o legislador prontamente acolheu o referido instituto e o positivou no ordenamento, ainda no apagar das luzes de 2019, através da Lei n. 13.964/2019, entende-se por superada as questões relativas a *eventual* inconstitucionalidade formal.

Porém, uma ressalva ainda deve ser realizada a despeito da existência de previsão legal quanto ao Acordo de Não Persecução Penal. Isso porque – tão logo surgiu o Acordo de Não Persecução Penal – houve sérias dúvidas quanto à aplicação da lei no tempo. Isto é, o Acordo de Não Persecução Penal poderia retroagir aos fatos anteriormente praticados? Ele é uma norma de direito processual e, por consequência, aplicado desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, nos termos do art. 2º do CPP? Ou ele é uma norma híbrida e que, por favorecer o agente, aplicar-se-á aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal? Sobre o tema, houve bastante discussão, sendo que, em um primeiro momento, a 5ª Turma do STJ assim decidiu:

Ainda, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmada por Tribunal de segundo grau (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 08/09/2020, EDcl no AgRg nos Edcl no AREsp n. 1.681.153/SP).

Isto é, conforme o entendimento da 5ª Turma do STJ, o ANPP seria cabível até o recebimento da denúncia. Por outro lado, a 6ª Turma do STJ assim decidiu:

É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, §13º, do CPP), de modo que como norma de natureza mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF/88). Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura do acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019) (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 08/09/2020 AgRg no HC 575.395/RN).

Pois bem, o que chama a atenção é que ambas as turmas, em sentido diametralmente oposto, decidiram, na mesma data, de maneira divergente quanto ao momento final para propositura do Acordo de Não Persecução Penal. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão ao disciplinar que:

A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar a fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*”. (HC 191.464. 1ª Turma. Rel Min. Roberto Barroso, 11/11/2020).

Portanto, pacificou-se o entendimento de que por se tratar de norma híbrida (e nesse contexto registra-se que tal fato se deve ao §13 do art. 28-A que estipula o Acordo de Não Persecução Penal enquanto causa de extinção da punibilidade) deve retroagir aos fatos anteriores desde que não recebida a denúncia.

4.2 OS REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

De início, registra-se a visão de que cada um dos institutos possui suas particularidades, principalmente, quanto ao fato do Acordo de Não Persecução Penal ter sido pensado dentro da lógica de Justiça Retributiva, em que haveria uma responsabilização do agente sob a lógica tradicional, pressupondo-se que não seria possível sua aplicação conjunta com a Justiça Restaurativa, haja vista que os referidos institutos possuem mais diferenças do que semelhanças.

Dessa forma, chega-se, neste momento da pesquisa, à principal pergunta a ser respondida: “É possível a atuação conjunta entre o acordo de não persecução penal e a Justiça Restaurativa?”, dela advindo outras cinco questões, a saber: Há compatibilidade? Qual a importância do inciso I do art. 28-A? É possível a fixação do “Acordo Restaurativo” enquanto “*outra condição indicada pelo Ministério Público*”? Há limites para a aplicação dos “Acordos

Restaurativos”? Os acordos restaurativos podem ser cumulados com outras condições escolhidas diretamente pelo Ministério Público?

Portanto, em que pese a Justiça Restaurativa seja um sistema próprio – contando com objetivos, princípios, estruturas e fluxos próprios, possuindo, inclusive, identidade própria – defende-se a possibilidade do diálogo entre os dois institutos desde que respeitados seus principais princípios e características, haja vista que até o presente momento a Justiça Restaurativa ainda não foi incorporada oficialmente no ordenamento jurídico.

4.2.1 A confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal

A confissão formal e circunstanciada é uma das principais diferenças do Acordo de Não Persecução Penal quando comparado com os institutos da Suspensão Condicional do Processo e a Transação Penal, previstos na Lei n. 9.099/95. Na visão deste autor, a confissão é uma facilitadora para a utilização do ANPP enquanto porta de entrada da Justiça Restaurativa, haja vista que nos outros instrumentos não haveria nenhum juízo de valor quanto à culpabilidade do autor do fato¹⁶³, dificultando, assim, sua responsabilização ativa.

Não se pode ignorar que o processo, para seu legítimo desenvolvimento, deve observar uma série de garantias, dentre as quais se destaca o princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, sendo que uma de suas vertentes (o direito ao silêncio) está consolidada no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, por meio do qual “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)*”, também consolidado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, “g”) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º, §2º, “g”), razão pela qual atender a tal exigência é uma necessidade do Estado Democrático de Direito, além de ser a única forma de se obter um processo justo.

Não obstante, a atual crise do nosso sistema criminal vai muito além da enorme quantidade de processos judiciais que tramitam, abrangendo a sensação generalizada de impunidade ocasionada por múltiplos fatores que vão desde o longo lapso temporal para a resolução definitiva da lide (ocasionando, inclusive, a prescrição da pretensão punitiva) até a

¹⁶³ Explica-se: Tanto na Transação Penal, quanto na Suspensão Condicional do Processo, o *suposto* autor do fato poderá celebrar acordo para se ver livre do processo mesmo que entenda que não foi o autor do fato ou que não haveria dolo em sua conduta. Ou seja, não há qualquer tipo de controle quanto a sua efetiva culpabilidade, situação que o Acordo de Não Persecução Penal visou corrigir a partir da exigência de confissão. Dessa forma, caso o “acusado” entenda que não praticou ou ainda que tenha praticado (não tenha sido da forma narrada) deverá opor-se à celebração do Acordo.

falta de segurança jurídica das decisões judiciais proferidas. Nesse ponto, deve-se atentar para o fato de que tal contexto é favorável para o surgimento do efeito “*backlash*”¹⁶⁴.

Diante disso, deve-se tomar cuidado com as análises retóricas superficiais da referida garantia, as quais alçam garantias específicas (em detrimento de outras e que, por razões intuitivas, objetivam aumentar/causar a deslegitimação do Direito Penal) à condição de absolutas, mesmo sabendo que inexistente qualquer direito absoluto nos ordenamentos jurídicos modernos. Diga-se de passagem que nem mesmo o bem jurídico mais valioso e irradiante de todos os outros, qual seja, a vida, é considerado absoluto¹⁶⁵.

É preciso esclarecer, ainda, que há uma efetiva distribuição do ônus da prova no processo – encargo legal por meio da qual as partes têm que provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das alegações por elas formuladas – competindo à acusação provar, para além da dúvida razoável, a existência: *i*) do fato típico; *ii*) da autoria ou participação; *iii*) da relação de causalidade e *iv*) do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa); e à defesa, bastando criar um estado de dúvida, quanto à existência: *i*) das excludentes da ilicitude, *ii*) da culpabilidade ou *iii*) da presença de causa extintiva da punibilidade¹⁶⁶.

É nesse contexto em que a confissão surge enquanto meio de prova, consistindo na admissão feita por aquele a quem é atribuída a prática da infração penal da veracidade da imputação, como instrumento para que o magistrado chegue à veracidade das afirmações feitas pelas partes. Com efeito, destaca-se também que a confissão perdeu o posto de “rainha das provas” com a mudança do sistema da prova tarifada para o sistema da persuasão motivada (adotada pela Constituição Federal), razão pela qual, atualmente, possui o mesmo

164 Samuel Fonteles leciona que “*Cass Sunstein fornece um conceito de backlash mais aproximado do eixo jurídico, tendo como pano de fundo a jurisdição constitucional. Para ele, trata-se da ‘intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica’*”, sendo que “*os 10 sintomas mais recorrentes foram elencados nas categorias a seguir: críticas jornalísticas ou de personalidades, contumazes, mordazes e tecidas em veículos de mídia diversificados; manifestações sociais; instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral; reações legislativas; atos de desobediência civil; insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público; desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais; pedidos de impeachment para a destituição de Ministros das Cortes; ataques à instituição propriamente dita; e atentados terroristas*”. In FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 27 e 74

165 O direito à vida é condição para o desfrute dos demais, o que revela a sua indiscutível posição referencial. Em se tratando de um pressuposto lógico para o direito de ter direitos, (...). Entretanto, nem mesmo o direito à vida se reveste de caráter absoluto. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, é possível ceifar a vida de outrem, lícitamente, mediante legítima defesa, estado de necessidade, abortamento sentimental (quando a gestante é vítima de violência sexual) ou abortamento terapêutico (quando a mãe corre risco de morte). In FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 62/63.

166 LIMA, 2016, p. 598.

valor probatório dos demais meios de prova, e, conforme entendimento legal¹⁶⁷ e dos Tribunais Superiores, a confissão, por si só, não pode servir como supedâneo para uma sentença condenatória, haja vista que “*não se admite condenação baseada exclusivamente em declarações informais prestadas a policiais no momento da prisão em flagrante*”¹⁶⁸, mas, caso o autor do fato queira assim fazê-lo, gozará de uma atenuante, porquanto “*quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal*”¹⁶⁹.

Não se pode negar a importância e a relevância do direito de não produzir provas contra si mesmo. Porém, apesar de o acusado não ser obrigado a confessar, não há nenhum óbice por parte do ordenamento jurídico, caso este assim queira proceder, sendo que, ocorrendo a referida hipótese, inclusive fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. Nesse sentido, Rodrigo Cabral defende que:

Para verificar se há ou não menoscabo ao direito de manter-se em silêncio, é imprescindível examinar se o Estado, quando oferece a possibilidade da celebração do acordo, com a necessária confissão, faz uma oferta ou uma ameaça ao investigado. Nos moldes estabelecidos no art. 28-A do CPP, a possibilidade de fazer acordo, nos parece claramente uma oferta e não uma ameaça. Isso porque, a consequência da não aceitação do acordo não tem um resultado desproporcional em relação à proposta, de modo que as consequências altamente desproporcionais podem sim consubstanciar uma ameaça, pois quanto maior a sua gravidade, mais pressão ela envolve. (...) Assim, verifica-se que existe proporcionalidade entre a possível punição e a vantagem oferecida, de modo a descaracterizar qualquer alegação de que existe uma pressão tão intensa para a realização do acordo que possa vulnerar a liberdade tão intensa do investigado de decidir. Veja-se que a consequência do oferecimento da denúncia em caso de recusa à confissão e ao acordo não constitui propriamente uma ameaça. Isso porque, como assevera Brunk: “Não se pode argumentar de forma consistente que a ‘ameaça de julgamento’ torne coagida a escolha de renunciar ao direito de julgamento, a menos que o julgamento que está sendo ameaçado seja algo menos desejável do que aquele a que o réu tem direito”. (...) Diante disso, é possível concluir que o estabelecimento, pelo art. 28-A do CPP, da confissão como requisito para celebração do acordo de não persecução penal não parece violar o direito de ficar calado, mesmo porque a decisão de confessar decorre de uma opção legítima e importante para a defesa do investigado, além de ser necessariamente orientada pelo defensor¹⁷⁰.

167 Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

168 STF. 2ª Turma. RHC 170843 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/5/2021 (Info 1016).

169 Súmula 545-STJ: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.

De igual forma, são precisas as lições de Renne Ó de Souza:

Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas indicam ter sido a autora da infração penal. A confissão produz deste modo dois efeitos práticos: impede que um acordo de não persecução penal seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou converjam para sua participação no delito. Além disso, a confissão produz, no confitente, um novo *mindset* com efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que para corrigir um erro é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato (...). A previsão da confissão para celebração do acordo de não persecução penal busca, desse modo, assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confitente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido¹⁷¹.

Por outro lado, para aqueles que criticam a exigência de confissão sob o argumento de que “o Ministério Público, em regra, realiza o acordo a partir da confissão do investigado, raramente corroborando-a com outros elementos”¹⁷², relembre-se que Rodrigo Cabral explica que a confissão apresenta dupla função: uma de garantia e outra processual.

A primeira está relacionada à necessidade de que o Ministério Público afira se não está propondo um acordo para uma pessoa inocente, reforçando, assim, a existência de justa causa para a acusação. Isto é, o Acordo de Não Persecução Penal não se destina a salvar investigações fracassadas, mas a dar celeridade em casos típicos de um direito penal de segunda velocidade.

Quanto à segunda função, ela consiste em sua utilização no curso do processo em caso de descumprimento do acordo, podendo ser utilizada como elemento de corroboração das provas existentes ou como elemento de contraste das demais provas¹⁷³.

Dessa forma, analisando a confissão sob a ótica da Justiça Restaurativa, identifica-se que há compatibilidade com os postulados básicos, porquanto guarda relação direta com a responsabilização ativa do autor do fato dano, a qual requer que este assuma sua

170 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: De BEM, Leonardo Schmitt; e MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 273.

171 SOUZA, Renne Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches (Org.). Acordo de não persecução penal. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 165.

172 BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: De BEM, Leonardo Schmitt; e MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 256.

173 CABRAL, 2020. p. 274/275.

responsabilidade pela conduta praticada, sempre com uma postura ativa a fim de identificar os danos causados com os seus atos, tanto com relação à vítima, como para a comunidade. Nesse contexto, relembra-se que a confissão realizada no “Acordo de Não Persecução Penal” à luz da Justiça Restaurativa, não guarda relação de definitividade, podendo, inclusive, ser retratada a qualquer momento. Por outro lado, caso haja o cumprimento do acordo, a confissão exaure-se em si mesma, devendo o processo ser arquivado.

Petronella Boonen explica que *“poder expressar o que aconteceu, poder falar dos fatos e dos atos, dos sentimentos e dos pensamentos, poder acessar as necessidades que levaram a este tipo de comportamento é extremamente importante no procedimento da Justiça Restaurativa”*, acrescentando ainda que tal situação é o completo oposto da atual prática forense, porquanto nos tribunais o poder da fala está diretamente afetado a uma parte que não está envolvida diretamente no conflito. Conclui, ao final, que *“a compreensão a partir do diálogo entre vítima e ofensor também alarga, em muitos casos, a compreensão do ofensor sobre seu feito, o que é importante no favorecimento da possibilidade de responsabilizar-se”*¹⁷⁴. Nesse sentido, a própria Resolução n. 225/2016 do CNJ disciplinou que:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

§ 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Sendo assim, a confissão deve ser vista enquanto ponto de partida, não bastando a simples confissão no processo penal, a qual dicotomiza e simplifica a realidade, mas aquela efetivamente circunstanciada que traz toda a carga emocional envolvida pelo autor do fato e pela vítima para dentro do processo, permitindo-se, assim, um efetivo diálogo e compreensão mútua entre as partes. Nesse sentido, não há como se negar a importância do ato de fala, do diálogo como instrumento restaurativo na busca da solução dos conflitos e a exigência da confissão permite tal possibilidade.

174 BOONEN, Petronella Maria. Diálogos entre subjetividades. Revista Jurídica ESMP-SP, V. 6, 2014. p. 106 Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/130/87. Acesso em 02/05/2022.

Além disso, o simples fato do autor do fato ter confessado, visando reconhecer a sua responsabilidade, permite a conclusão de que – havendo a celebração de ANPP, mediante a assunção ativa dos fatos – a possibilidade de rescisão do referido acordo será menor quando comparada àqueles instrumentos que não demandam a confissão, porquanto terá ocorrido a participação voluntária do autor do fato na construção da solução do caso, que atenda a suas necessidades e aos seus interesses¹⁷⁵.

Também se demonstra a compatibilidade da confissão, enquanto requisito do Acordo de Não Persecução Penal com os métodos restaurativos, a partir do simples fato de que tal prática oportuniza aos envolvidos o seu empoderamento e, por consequência, rompe com a visão tradicional de responsabilização passiva.

Portanto, quando houver consenso entre acusação e defesa (voluntariedade)¹⁷⁶, é plenamente possível que esta abra mão de garantias constitucionais e processuais, principalmente por se tratar de um Direito Penal de segunda velocidade, o qual não cominará em pena privativa de liberdade, havendo, dessa forma, compatibilidade entre a adoção dos métodos restaurativos com a exigência legal de que o autor do fato confesse os fatos praticados, atributos estes que reforçam a ideia de responsabilização ativa da Justiça Restaurativa.

4.2.2 A prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos

Aprioristicamente, em uma análise sob a perspectiva da Justiça Restaurativa, todos os crimes previstos no ordenamento jurídico seriam passíveis de ser contemplados à luz dos

175 MENDONÇA. Andrey Borges; CAMARGO, Fernão Pompêo; e RONCADA, Kátia Hermínia Martins Lazarano. Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa: Mais um passo no caminho da transformação social. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf. Acesso em: 10/07/2022. p. 88.

176 E antes que os críticos rechacem a ideia de voluntariedade, relembra-se que os Juizes estarão presentes para aferi-la, no momento oportuno, nos termos do art. 28-A, § 4º, do CPP, o qual dispõe que: “*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, e sua legalidade*”.

métodos restaurativos¹⁷⁷. Nesse sentido, Tiveron ressalva que há alguns fatores que impedem a ampla aceitação da Justiça Restaurativa enquanto resposta a todo tipo de crime:

Em geral, quanto mais as partes envolvidas percebem os danos de um crime como irreparáveis, menos receptivas elas são com a ideia de uma justiça “restaurativa” e com a possibilidade de encontrarem-se face a face com o ofensor (REEVES, 1989, p. 46). Os fatores identificados por Reeves (1989, p. 48) que tornariam as vítimas menos receptivas a este encontro são a percepção do dano como irreparável, em virtude das suas consequências; o tipo de crime e sua repercussão; o tempo decorrido desde o seu cometimento; a natureza da sua relação com o ofensor; sua percepção acerca da capacidade do ofensor de compreender o alcance do ato cometido e a importância da sua mudança; a crença de que nem todos os ofensores se arrependem por suas ações; o medo de retaliação pelo ofensor ou mesmo de apenas estar na sua presença; a importância de obter ou não respostas para suas perguntas e a necessidade de seguir em frente, entre outros¹⁷⁸.

Entretanto, apesar das resoluções publicadas pelo CNJ e pelos Tribunais (as quais visam sistematizar no âmbito do Poder Judiciário a adoção da Justiça Restaurativa), a Justiça Restaurativa ainda não foi oficialmente incorporada no ordenamento jurídico, demandando a edição de lei formal a fim de que seja aplicada em sua totalidade. Enquanto isso não ocorre, deve ser compatibilizada com os instrumentos jurídicos já existentes, razão de existir das referidas resoluções. Ou seja, a principal questão reside na falta de previsão legal acerca das consequências da aplicação dos métodos restaurativos no processo penal.

Isso porque a Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, por não se tratar de lei formal, não alterou qualquer procedimento penal¹⁷⁹, mas apenas regulamentou

177 Raquel Tiveron explica que “Mark Umbreit é um defensor da possibilidade de aplicação de métodos restaurativos para crimes graves, como estupro, tentativa de homicídio, homicídio doloso ou culposos (com a família sobrevivente ou amigos), roubo com arma de fogo e embriaguez no trânsito. Para o pesquisador, tanto vítimas quanto ofensores de crimes graves (estes em menor número) têm solicitado cada vez mais oportunidades de diálogo mediado para expressar o impacto do crime sobre suas vidas, a fim de obterem respostas as perguntas que ainda têm a fazer e conquistar uma sensação de ‘fechamento de um ciclo’ ou ‘cicatrização para sua dor’, de modo que elas possam seguir adiante em suas vidas” (...). Na opinião de Umbreit, é um tabu a ideia de não aplicação da justiça restaurativa para crimes graves. Afirma que algumas vítimas experimentaram um grande alívio em ficar frente a frente com o responsável pelo seu crime e poder dividir a sua dor, expressar ao ofensor não apenas as consequências dos seus atos, mas também a continuação e os efeitos persistentes que teve, reconstruir a dinâmica dos fatos e perguntar o motivo da ofensa cujo desconhecimento poderia lhe atormentar por toda a vida”. In TIVERON, 2017. p. 359.

178 TIVERON, 2017, p. 358/359.

179 Nesse ponto, merece elogios, haja vista que, caso assim procedesse, incorreria no mesmo vício de inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181/2017, tendo em conta que tanto o CNJ quanto o CNMP não possuem autorização constitucional para alterar lei formal, pois de Poder Legislativo, em sua essência, não se tratam. Imagine se ambos os órgãos resolvessem editar Resolução versando sobre o tema, qual delas deveria ser seguida? Caminhando um pouco mais nas polêmicas: e se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) resolver editar um provimento sobre a matéria, em absoluta dissonância não apenas com esta

como se dará a estrutura e quais princípios devem ser respeitados caso o magistrado opte pela aplicação de métodos restaurativos.

Diante disso, considerando o atual ordenamento jurídico vigente, constata-se que os métodos restaurativos – a despeito de poderem ser utilizados em qualquer procedimento e / ou processo judicial (art. 7º da Resolução n. 225/2016) – só produziram efeitos (em conformidade com os postulados próprios da Justiça Restaurativa) quando utilizados em infrações de menor potencial ofensivo, por meio da Suspensão Condicional do Processo e da Transação Penal, ou, agora, nas infrações de médio potencial ofensivo, por meio do Acordo de Não Persecução Penal. Isso porque, mais uma vez, falta previsão legal autorizando o Juízo a extinguir a punibilidade do agente em caso de cumprimento do “Acordo Restaurativo” fora das referidas hipóteses.

E, em uma análise perfunctória, não há nenhum óbice para que o legislador, dentro de sua análise discricionária quanto à oportunidade e à conveniência, entenda quais infrações penais podem ser objeto da Justiça Restaurativa. No mesmo sentido, os ordenamentos jurídicos de outros países também apresentam restrições à aplicação dos programas de Justiça Restaurativa a todos os tipos de crime, conforme escoreta explicação de Raquel Tiveron:

Na Argentina, eles têm sido admitidos para crimes cuja pena máxima seja de seis anos de prisão, para todos os delitos culposos e para as contravenções. Entretanto, algumas leis deste país ressalvam a possibilidade de aplicação da mediação penal em crimes com penas maiores, após a condenação pelo sistema de justiça criminal. Neste país, independentemente da gravidade da pena, há ressalvas à aplicação da justiça restaurativa para crimes em que as vítimas forem menores de idade, crimes cometidos por funcionários públicos no exercício da função, crimes dolosos contra a vida e contra a integridade sexual ou roubo (ARGENTINA, 2005, p. 1).

Em Portugal, a justiça restaurativa (na forma de mediação) tem lugar quando se trata de crime contra as pessoas ou de crime contra o patrimônio, com pena de prisão de até cinco anos. Não podem ser objeto de mediação os crimes contra a liberdade sexual, contra a administração pública, aqueles cujo ofendido seja menor de dezesseis anos ou que seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo (PORTUGAL, 2007, p. 1).

No Brasil, não há previsão legal para aplicação de processos restaurativos. Entretanto, a sua aplicação é feita em casos em que há margem legal para a justiça consensuada (leia-se: juizados especiais criminais) ou quando o fato não é tecnicamente considerado crime (para atos infracionais praticados por adolescentes, inimputáveis penalmente)¹⁸⁰.

Resolução, mas também contra o CPP e contra as intenções processuais do Ministério Público?

180 TIVERON, 2017, p. 26/27.

Sem prejuízo, além do crime ser cometido sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, estabeleceu-se que o ANPP é admissível desde que: *i)* não seja cabível a transação penal; *ii)* o investigado não seja reincidente ou não haja elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; *iii)* não 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 e *iv)* não tenha sido praticado em contexto de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Dessa forma, mostra-se legítimo ao legislador disciplinar – estando dentro da sua margem discricionária de escolha e em conformidade com a Constituição Federal – que o ANPP será oferecido apenas em determinadas situações.

De igual forma, também se mostra legítima a utilização dos métodos restaurativos pelos aplicadores do direito dentro das hipóteses em que são cabíveis a celebração do Acordo de Não Persecução Penal. Porém, deve-se respeitar os princípios que orientam a Justiça Restaurativa, a saber: *“a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade”*, assim como:

§ 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

§ 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

§ 3º Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento.

§ 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

Por outro lado, nas hipóteses em que há *i)* crimes com violência ou grave ameaça; *ii)* com pena mínima maior do que 4 anos etc.; *iii)* conduta criminal habitual e *iv)* em contexto de violência doméstica ou familiar, o Acordo de Não Persecução Penal não serve como porta de entrada para a Justiça Restaurativa, devendo ser aplicada a lógica do processo penal tradicional.

Isso se dá, pois há quem defenda outros meios para a aplicação dos métodos restaurativos, argumentando que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil seria construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo que tais objetivos também se aplicariam ao Poder Judiciário. Nesse ponto, consideram que se o acordo restaurativo conseguir atingir a paz social, o Estado perderia o interesse de punir e, por consequência, ocorreria a perda do interesse de agir superveniente, devendo o Juiz extinguir o processo por falta de condição da ação.

Ocorre que, tal opção se trata apenas de uma construção doutrinária e, uma vez aplicados os métodos restaurativos, deve-se buscar respeitar toda a sua principiologia (o que será mais bem abordado no tópico destinado às condições a serem fixadas no Acordo Restaurativo) e, principalmente, que isso ocorra nos limites da lei.

Eventual proposta de extinção da punibilidade pelo cumprimento do “Acordo Restaurativo”, que não tenha sido realizado de acordo com os parâmetros do ANPP, representa atuação teratológica, eivada de erro grosseiro e passível de responsabilização disciplinar.

Portanto, entende-se que – considerando que inexistente previsão legal para extinção da punibilidade a partir do cumprimento de eventual acordo restaurativo celebrado em hipóteses na qual não é possível a celebração de ANPP, Suspensão Condicional do Processo ou Transação Penal – os acordos, que recorrem a essa metodologia, são juridicamente inválidos, haja vista que não preenchem os requisitos legais e, aí sim, configurariam prejuízo ao autor do fato, o qual ficaria desprotegido.

4.2.3 Necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

O Acordo de Não Persecução Penal tem por objetivo evidente conferir maior racionalidade ao sistema penal, sendo que, a um só tempo: *i)* apresenta resposta mais rápida aos crimes menos graves (direito penal de segunda velocidade), respeitando sempre a

autonomia da vontade do investigado e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica; e, por consequência, *ii*) permite que o Ministério Público e o Poder Judiciário confirmem maior dedicação e celeridade também no que toca à apuração de crimes graves (direito penal de primeira velocidade), opção já indicada pela Constituição ao definir os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995.

É sabido que uma das características marcantes do sistema penal é a leviandade quanto ao tratamento conferido a determinados tipos de crimes, em especial, sob a ótica dos crimes de “colarinho branco”, quando comparados a outros. Nesse sentido, são precisas as lições de Edwin Sutherland:

A análise do critério da criminalidade de colarinho branco resulta na conclusão de que uma descrição da criminalidade de colarinho branco em termos gerais também será uma descrição da criminalidade da classe baixa. Os aspectos nos quais os crimes das duas classes diferem são os incidentais ao invés dos essenciais da criminalidade. Elas se diferem principalmente na aplicação das leis penais. Os crimes da classe baixa são conduzidos por policiais, promotores e juízes, com penas de multa, prisão e de morte. Os crimes da classe alta não resultam em nenhuma ação oficial ou em ações indenizatórias em cortes civis ou conduzidos por fiscais e por conselhos ou comissões administrativos, com sanções penais na forma de advertências, ordens para cessar uma atividade, ocasionalmente, a perda de uma licença e, somente em casos extremos, aplicação de multas ou penas privativas de liberdade. Por isso, os criminosos de colarinho branco são segregados administrativamente dos demais em larga medida, como uma consequência disso, não são considerados como verdadeiros criminosos por eles mesmos, pelo público em geral ou pelos criminólogos¹⁸¹.

Desse modo, a situação jurídica em que a sociedade brasileira se encontra se baseia na incerteza da punição desses sujeitos, classificados como “*Amigos do Direito Penal*”, e em decorrência dessa situação é necessário que o ANPP, caso seja celebrado à luz da Justiça Restaurativa, esteja atento a superar esta desigualdade judicial, porquanto na Constituição não há tal distinção. Conforme defendido por Edwin Sutherland:

A hipótese aqui sugerida como uma substituição para as teorias convencionais é a de que a criminalidade de colarinho branco, como qualquer outra criminalidade sistemática, é aprendida; que ela é aprendida em associação direta ou indireta com aqueles que já praticam o comportamento; e aqueles que aprendem este comportamento criminoso são apartados de contatos íntimos e frequentes com comportamento de obediência à lei. Se uma pessoa torna-se um criminoso ou não é amplamente determinado pela frequência e intimidade de seus contatos com as duas

181 SUTHERLAND, E. H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 93–103, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 99/100.

espécies de comportamento. Isto pode ser denominado de processo de associação diferencial. É uma explicação para a origem das criminalidades de colarinho branco e da classe baixa. Aqueles que se tornam criminosos de colarinho branco, na maioria das vezes, iniciam suas carreiras em bons bairros e lares, são graduados em universidades com algum idealismo e, com pouca escolha por parte deles, participam de certas situações negociais em que a criminalidade é praticamente um costume e são introduzidos naquele sistema de comportamento como em qualquer outro costume. Os criminosos da classe baixa geralmente começam suas carreiras em bairros e famílias decadentes, encontram delinquentes disponíveis de quem adquirem as atitudes e técnicas do crime ao se associar com aqueles e em segregação parcial de pessoas que respeitam a lei. O essencial do processo é o mesmo para as duas classes de criminosos. Isso não é um processo de assimilação na sua totalidade, uma vez que inovações são feitas, talvez, com maior frequência no crime de colarinho branco do que no da classe baixa. Os gênios inventivos para os criminosos da classe baixa via de regra são criminosos profissionais, enquanto que os para várias espécies de crime de colarinho branco geralmente são operadores do Direito.

Um segundo processo geral é a desorganização social na comunidade. A associação diferencial culmina no crime porque a comunidade não é organizada o bastante contra aquele comportamento. A lei age em uma direção, enquanto outras forças atuam em sentido contrário. No mercado, as “regras do jogo” entram em conflito com as regras jurídicas. Um empresário que busca obedecer à lei é impelido por seus competidores a adotar os métodos deles. Isto é bem evidenciado pela persistência da corrupção privada em que pese os esforços extenuantes de organizações econômicas para eliminá-la. Grupos e pessoas são individualistas; eles estão mais preocupados com os próprios interesses do que com o bem-estar comum. Consequentemente, não é possível para a comunidade oferecer uma firme oposição ao crime. Os órgãos de defesa do consumidor e comissões de prevenção ao crime, compostas por empresários e outros profissionais, combatem furtos, roubos e fraudes inexpressivas, mas são negligentes em relação aos crimes de seus próprios membros. As forças que incidem sobre a classe baixa também estão em conflito. A desorganização social afeta as duas classes de maneira semelhante¹⁸².

Sendo assim, André Suxberger explica que “*o sistema de justiça criminal convive com o reconhecimento inegável de que sua atuação se dá de modo seletivo e que esse sistema convive com o fenômeno da subnotificação*”, razão pela qual o modo como é exercida a ação penal (por meio dos princípios da *obligatoriedade* e da *indisponibilidade*) e a existência de uma única forma de resposta por parte do Estado podem servir de fomento à subnotificação¹⁸³. Prova disso é que, com o advento da lei dos Juizados Especiais, o Poder Judiciário foi

182 SUTHERLAND, 2014, p. 99/100.

183 SUXBERGER. Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In. CUNHA, Rogério Sanches (Org.). Acordo de não persecução penal. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 128.

chamado a lidar com infrações penais que, até outrora, eram desconsideradas, a despeito de também protegerem bens jurídicos e/ou direitos fundamentais.

De igual forma, as práticas restaurativas têm como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, alicerçadas na responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e no empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (art. 1o, III, da Resolução n. 225 do CNJ). Nesse ponto, mostra-se oportuno relembrar as lições de Rômulo de Andrade Moreira ao discorrer sobre o referido requisito, que, em verdade, seria uma reprodução *ipsis litteris* da última parte do art. 59 do Código Penal, o qual explica que:

Neste aspecto, é importante frisar, de acordo com Mir Puig, *‘que o nosso modelo de Estado recomenda que entre a alternativa básica da retribuição ou da prevenção deve-se decidir a favor de uma prevenção limitada, que permita combinar a necessidade de proteger a sociedade não apenas com as garantias que ofereciam a retribuição, mas também com as que oferecem outros princípios limitadores’*. Assim, ao não propor um acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá atentar que *‘só uma prevenção assim limitada poderá deflagrar um efeito positivo de afirmação do Direito próprio de um Estado social e democrático e de Direito, e somente assim poderão ser conciliadas as exigências antiéticas de retribuição, prevenção geral e prevenção especial em um conceito superior de prevenção geral positiva’*”¹⁸⁴.

É nesse contexto, portanto, que, com fundamento numa leitura baseada nos princípios e fundamentos da Justiça Restaurativa, a celebração do Acordo de Não Persecução Penal surge enquanto instrumento apto a promover a efetiva corresponsabilidade da sociedade e dos poderes públicos para resolução do crime. Ou seja, os métodos restaurativos, quando aplicados de maneira correta, são aptos a superar / romper com a visão do crime baseada em uma leitura enviesada de que este deriva da pobreza ou de condições psicopáticas e sociopáticas e, por consequência, reconhecê-lo enquanto “ato aprendido” e “fruto de uma desorganização social” a fim de que, com a participação de toda a comunidade (incluindo as instituições públicas e privadas), busque-se estimular a responsabilização ativa do autor do fato a partir da própria elaboração do plano de ação.

¹⁸⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: De BEM, Leonardo Schmitt; e MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 210.

4.2.4 O “Acordo Restaurativo” enquanto única condição indicada pelo Ministério Público

Em continuidade, a Justiça Restaurativa vai além da lógica vítima/ofensor, devendo estar aberta à participação social e trazendo a comunidade para o debate, pois se não tiver a sua base fundada *na* comunidade e *para* a comunidade, ela perderá sua essência. De igual forma, se for para usar a visão tradicional de Justiça Retributiva, ou seja, julgar os fatos a partir da visão tradicional, mas em um suposto contexto de Justiça Restaurativa, é melhor respeitar o sistema de Justiça já constituído, sob pena de deslegitimá-lo. Isso porque, conforme explica Marcelo Salmaso:

(...) uma das ideias centrais da Justiça Restaurativa é apresentar ao ofensor a possibilidade de ele, após refletir sobre o erro cometido, assumir novos caminhos, reparar os danos, ou seja, voltar atrás na trilha dos passos errados, com o apoio da comunidade, sem que haja punição. Portanto, o fato de o processo convencional caminhar paralelamente com o procedimento restaurativo irá esvaziar este último e o trabalho da Justiça Restaurativa. Assim porque, se a pessoa tiver a perspectiva de cumprir uma punição ao final, ou efetivamente for condenado a tanto, irá se desinteressar do trabalho restaurativo, que requer um grande esforço emocional, para lidar com o erro cometido e assumir novos caminhos, e físico/financeiro, para reparar os danos causados, tanto à vítima como à comunidade¹⁸⁵.

Logo, é dessa forma que, sob uma interpretação à luz dos parâmetros de Justiça Restaurativa, a única condição a ser cumprida pelo “autor do fato” seria o próprio “Acordo Restaurativo”.

Com isso, não se está querendo dizer que é impossível que haja “*reparação do dano ou restituição da coisa à vítima*”; “*renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime*”; “*prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços*”; e/ou “*pagamento de prestação pecuniária*”, nos termos do art. 28-A, incisos I, II, III e IV do Código de Processo Penal.

185 SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016. p. 43. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/347/1/Justi%20a7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%20a7a%20a3o%20CNJ%20225.pdf>. Acesso em: 10/05/2022.

Todavia, para que haja a compatibilização do Acordo de Não Persecução Penal, a única condição a ser imposta pelo Ministério Público será, com fundamento no art. 28-A, inciso V, do CPP, o cumprimento do Acordo Restaurativo.

Dessa forma, uma vez preenchido as hipóteses legais para oferecimento do ANPP¹⁸⁶, o mais adequado é que o Ministério Público promova a derivação do caso concreto para os Centros de Justiça Restaurativa, em vez de escolher a seu bel prazer dentre as 4 (quatro) primeiras condições possíveis previstas no art. 28-A do CPP. Uma vez realizada a derivação para a Justiça Restaurativa, a questão será conduzida pelos “Facilitadores Restaurativos”, os quais, nos termos da Resolução n. 225/2016, possuem as seguintes atribuições:

Art. 14. São atribuições do facilitador restaurativo:

- I – preparar e realizar as conversas ou os encontros preliminares com os envolvidos;
- II – abrir e conduzir a sessão restaurativa, de forma a propiciar um espaço próprio e qualificado em que o conflito possa ser compreendido em toda sua amplitude, utilizando-se, para tanto, de técnica autocompositiva pelo método consensual de resolução de conflito, própria da Justiça Restaurativa, que estimule o diálogo, a reflexão do grupo e permita desencadear um feixe de atividades coordenadas para que não haja reiteração do ato danoso ou a reprodução das condições que contribuíram para o seu surgimento;
- III – atuar com absoluto respeito à dignidade das partes, levando em consideração eventuais situações de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural;
- IV – dialogar nas sessões restaurativas com representantes da comunidade em que os fatos que geraram dano ocorreram;
- V – considerar os fatores institucionais e os sociais que contribuíram para o surgimento do fato que gerou danos, indicando a necessidade de eliminá-los ou diminuí-los;
- VI – apoiar, de modo amplo e coletivo, a solução dos conflitos;
- VII – redigir o termo de acordo, quando obtido, ou atestar o insucesso;
- VIII – incentivar o grupo a promover as adequações e encaminhamentos necessários, tanto no aspecto social quanto comunitário, com as devidas articulações com a Rede de Garantia de Direito local.

A Resolução n. 225/2016 prevê ainda que:

Art. 15. É vedado ao facilitador restaurativo:

- I – impor determinada decisão, antecipar decisão de magistrado, julgar, aconselhar, diagnosticar ou simpatizar durante os trabalhos restaurativos;
- II – prestar testemunho em juízo acerca das informações obtidas no procedimento restaurativo;
- III – relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das

186 Uma vez finalizadas as investigações, surgem ao Ministério Público as seguintes possibilidades: a) oferecimento de denúncia; b) arquivamento; c) novas diligências; d) falar sobre a incompetência; e, agora, e) propor o acordo de não persecução penal, sendo que nessa hipótese, pode-se adotar pela utilização dos métodos restaurativos.

declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob as penas previstas no art. 154 do Código Penal.

Após, finalizadas as sessões restaurativas, “*deverá ser juntada aos autos do processo breve memória da sessão, que consistirá na anotação dos nomes das pessoas que estiveram presentes e do plano de ação com os acordos estabelecidos*”, ou “*não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova*”, sendo que, nesta última hipótese (independentemente do êxito na autocomposição), ainda assim “*poderá ser proposto plano de ação com orientações, sugestões e encaminhamentos que visem à não recidiva do fato danoso, observados o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da adesão dos envolvidos no referido plano*”¹⁸⁷. Nesse ponto, os autores Andrey Borges, Fernando Pompeo e Kátia Hermínia explicam que:

(...) é a equipe técnica quem verificara o procedimento restaurativo mais adequado para o caso concreto (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Serão realizadas sessões restaurativas e, ao final, poderá ser obtido ou não um acordo. Segundo a Resolução n. 2002/12 da ONU, “*resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo que inclui respostas e programas, tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor*”. O acordo estabelecido pelos participantes da prática restaurativa conterá um plano de ação com os pactos estabelecidos, nos termos do art. 8º, § 4º, da Resolução n. 225 do CNJ. As obrigações estabelecidas não estão limitadas as penas previstas no Código Penal ou no modelo tradicional. Pode-se, por exemplo, prever que o autor do fato reconstrua o muro que derrubou. Nesse âmbito, deve-se respeitar a autonomia das partes e a centralidade das decisões pactuadas no procedimento restaurativo, sob pena de se descaracterizar a JR. O acordo pode incluir pedidos de desculpas, plano de acompanhamento da conduta do ofensor, prestação de serviço em benefício da vítima e/ou da comunidade, reparação financeira ou qualquer outra providência acordada durante o encontro restaurativo que possa reparar o dano causado pelo autor do fato (SICA, 2007). É importante que o ofensor, de maneira ativa e consensual, responsabilize-se por reparar os danos causados a vítima e a coletividade, bem como assuma novos comportamentos e atitudes. Também a vítima pode assumir obrigações, caso ostente responsabilidade pelo ocorrido. Por vezes, a comunidade pode se comprometer a sanar falhas e omissões e também a garantir apoio ao ofensor e a vítima, por meio da Rede de Garantia de Direitos, presente no procedimento restaurativo (SALMASO, 2016). No entanto, há alguns limites a tais acordos. Pelo que se depreende da normativa internacional e da Resolução n. 225 do CNJ, o primeiro limite é

187 Resolução n. 225/2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 07/07/2022.

que as obrigações devam ser razoáveis e proporcionais. Não podem ter, portanto, duração excessiva. O segundo é que respeitem a dignidade de todos os envolvidos – vedando-se, assim, medidas degradantes ou humilhantes. Esses dois limites decorrem do art. 2º, § 5º, da Resolução n. 225 do CNJ. Por fim, um terceiro limite é que os acordos não podem afrontar a lei. Quem redige o acordo final, com suas condições e prazos, é o facilitador. Nesse documento devem constar os pontos acordados, de maneira clara e precisa, com as condutas restaurativas a serem praticadas por cada um dos participantes, garantias e consequências ante o descumprimento, a forma de acompanhamento do cumprimento, inclusive com marcação de encontros e/ou contatos telefônicos entre os envolvidos. Caso não haja acordo, o documento deverá conter apenas os dados dos participantes e a informação de que o procedimento não chegou a um acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020)¹⁸⁸.

Todo este grupo comunitário (composto pelos facilitadores e outros) no método restaurativo não está ali para julgar ninguém ou para impor algo a alguém. Eles possuem como atribuição auxiliar, contribuir para a reflexão, garantir suporte às necessidades tanto de quem causou o dano, quanto de quem sofreu o dano e, ao final, a partir das experiências e aprendizados, sair com o plano de ação (ações e políticas) que possam atuar nos fatores que fomentaram o conflito e a violência para que essa situação não mais aconteça.

Na perspectiva da Justiça Restaurativa, os facilitadores não possuem a atribuição de impor condições, pois se isso ocorrer, aí sim, haverá uma violação ao Estado Democrático de Direito, porquanto o indivíduo será julgado por pessoas que não têm legitimidade para isso e sem as devidas garantias do processo legal. A lógica é outra, não pode haver a desvirtuação. Ou seja, o sistema de justiça tem a faculdade de trabalhar ou não sob a lógica da Justiça Restaurativa, mas, se entender pela derivação deve-se respeitar seus fundamentos e princípios próprios. Nesse sentido, explica Marcelo Salmaso:

Vale, neste ponto, um alerta, a fim de que a Justiça Restaurativa não sofra desvirtuamentos graves. Em hipótese alguma, no procedimento restaurativo, caberá à comunidade, à família e aos representantes da Rede de Garantia de Direitos julgar o ofensor e impor a ele o que quer que seja. Como externado acima, todos estão presentes para, a partir da técnica própria do procedimento restaurativo adotado e sob a coordenação do facilitador, auxiliarem o ofensor a refletir e a desenvolver a sua responsabilidade, como sujeito ativo dessa construção. Jamais o procedimento restaurativo pode servir a um julgamento do ofensor, como objeto, por parte dos demais, transformando-se em um “tribunal circular”, pois, caso isso ocorra, o Estado Democrático de Direito ficará seriamente abalado, já que essa pessoa que cometeu algo errado será julgada sem as garantias constitucionais do devido

188 MENDONÇA, 2020, p. 86/87.

processo legal e por pessoas não investidas, pelo ordenamento jurídico, para tanto¹⁸⁹.

Dessa forma, o diálogo entre Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa somente é possível, atualmente, por meio da derivação através dos mecanismos de justiça penal negociada. Nesse ponto, relembra-se que o sistema de justiça formal penal continua sendo a grande porta de entrada dos conflitos e que, com a instituição do Acordo de Não Persecução Penal, ganha-se mais uma possibilidade de derivar o conflito para fora do processo¹⁹⁰.

Utiliza-se, assim, estes institutos jurídicos como portas de saída do conflito e portas de retorno para os acordos restaurativos de maneira que se possa extinguir o processo. A partir da utilização dos métodos restaurativos, antes e sem que haja a imposição de uma medida judicial e que após sua aceitação, o sistema de justiça formal possa receber os acordos restaurativos e haja a extinção do processo. Nesse sentido, ainda que as medidas descritas no Acordo Restaurativo (construídas e não impostas) guardem similitude ou identidade com espécies de penas restritivas de direitos, não haverá nenhum tipo de desvirtuamento, haja vista que se fundam na disposição do ofensor em reconhecer a culpa, expressar remorso e compensar a vítima, assim como na disposição da vítima de receber essa compensação e perdoar¹⁹¹.

Portanto, o “Acordo Restaurativo” propicia uma responsabilização, na qual o autor do fato, em consenso com os demais participantes, elaborará um plano de responsabilização, do qual, em razão da responsabilização ativa e do princípio da voluntariedade, um dos principais objetivos é o de mudar o caminho da sua vida e ser uma pessoa diferente no seio da sociedade.

4.3 AS VANTAGENS NA DERIVAÇÃO PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

No sistema retributivo, no processo de apuração da responsabilidade penal, não há nenhuma preocupação, seja para com a vítima, seja para com o autor dos fatos, sendo que

189 SALMASO, 2016, p. 48/49.

190 Para a Justiça Restaurativa pouca importa o nome que os conflitos recebem. Na área cível o Juiz pode se valer, a qualquer tempo, dos métodos autocompositivos, a exemplo da conciliação e da mediação. No microsistema jurídico de proteção às crianças e aos adolescentes, em especial, na área infracional (“delitos”), utiliza-se o instituto da remissão (perdão em qualquer fase do processo – qualquer que seja o ato infracional). De igual forma, no âmbito do sistema penal, o Acordo de Não Persecução Penal soma-se aos outros institutos já previstos na Lei n. 9.099/95.

191 Deve-se tomar o cuidado a fim de não estigmatizar ainda mais a vítima.

estes são figuras que ficam à mercê da atuação de outros profissionais e, a despeito da discussão versar sobre assuntos diretamente de seus respectivos interesses, possuem, durante todo o processo, apenas uma única oportunidade de fala, a saber: o depoimento da vítima e o interrogatório do acusado.

Marcelo Salmaso explica que, durante o procedimento penal, o infrator recebe a pecha de criminoso, passando a carregar consigo um estigma que dificilmente ou nunca se apaga, sem falar que, em nenhum momento, lhe é oportunizado corrigir os seus erros. Ou seja, lhe é imposta uma pena dentro de um procedimento do qual pouco ou nada compreendeu¹⁹². Por outro lado, Flaviane Barros aponta a participação da vítima no processo de iniciativa pública da seguinte forma: (i) como agente condicionador; (ii) como agente controlador da acusação; (iii) como agente acusatório colaborador, e também pode atuar como (iv) “*sujeito de reparação de dano*”, mas em virtude do sistema da independência (mitigada) adotado pelo CPP, a reparação ficaria submetida ao ajuizamento de ação civil indenizatória¹⁹³.

Dentro dessa óptica, constata-se que tanto vítima, quanto acusado, são chamados apenas para narrar os fatos que presenciaram, deixando de lado o que impactou tal comportamento (por parte do acusado) e quais foram os desdobramentos da referida conduta (por parte da vítima), sendo que, no restante do processo, os outros profissionais ‘falam por ou por ele’ e, ao final, o juiz sentencia fixando a pena – ou medida socioeducativa – a ser cumprida¹⁹⁴. Salmaso explica que:

Dentro da óptica penal, o ofensor é visto como um objeto da lei, ao qual são aplicadas penas afliativas por um terceiro, o julgador, que tudo decide. Nestes termos, o ofensor concluirá que, cumprindo tal reprimenda, estará “quite” com relação ao mal praticado e à vítima, e, como também se entende com razão de ter feito o que fez, agora que está tudo “pago”, poderá tornar a fazer a mesma coisa. E, assim, não se responsabiliza, ele próprio, pelo seu erro, pelas consequências daí advindas e por um futuro calcado em bases de cidadania.

A vítima, por sua vez, não encontra espaço, no procedimento punitivo, para falar sobre o que sente, como ficou a sua vida por conta do trauma sofrido e, ainda, não obtém as respostas de que tanto necessita para superar e não, apagar o dano psíquico causado pelo ato inadequado, o que se mostra fundamental a possibilitar que aquele fato negativo passe a integrar a sua biografia e, assim, a vida siga em frente. Mesmo porque, no âmbito do paradigma punitivo, a vítima primeira de um crime é sempre o Estado, que

192 SALMASO, 2016, p. 31.

193 BARROS, Flaviane de Magalhães. A Participação da Vítima no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 95, 108, 115.

194 SALMASO, 2016, p. 30.

coloca os seus interesses em primeiro lugar, à frente daqueles do ser humano diretamente atingido pela transgressão ou pela violência.

A sociedade, por sua vez, que, quando não diretamente, é sempre indiretamente atingida pelo comportamento inadequado de algum ou alguns de seus membros, acaba relegada ao papel de mera espectadora da solução do problema, que fica exclusivamente a cargo dos operadores do Sistema de Justiça. A comunidade, portanto, é alijada de uma participação direta na solução do conflito, com a reparação dos danos de toda ordem, e para a compreensão das causas que levaram aquela pessoa, integrante dessa mesma comunidade, a fazer o que fez, o que seria fundamental à tão necessária recomposição do tecido social rompido com o ato de violência ou transgressão e, principalmente, à satisfação da sociedade com os resultados obtidos. Esse é um dos motivos que faz com que a população, conforme ecoado pela mídia, mostre-se sempre insatisfeita com as punições aplicadas pelo Estado e exija penas mais elevadas, duras e cruéis¹⁹⁵.

Logo, objetivando romper com a referida lógica, é que o ANPP aparece como instrumento apto a, sob os princípios e postulados básicos da Justiça Restaurativa, romper com o paradigma punitivo tradicional, no qual se impõe a punição como única forma de resposta a um comportamento indesejado, ainda que os fins da pena possuam sua função retributiva e preventiva.

4.3.1 A responsabilização ativa do “autor do fato”

A incorporação das práticas / métodos restaurativos nos referidos instrumentos privilegia a qualificação da atuação dos profissionais e apresenta reflexos para além do caso concreto. Dessa forma, considerando o conceito aberto (em constante construção) e que, apesar desta visão aberta refletir nos métodos, não significa que a Justiça Restaurativa é “qualquer” coisa, razão pela qual deve-se sempre verificar se há respeito aos valores e princípios norteadores.

Howard Zehr busca esclarecer o que viria a ser a responsabilização ativa, superando a simples noção de responsabilização passiva, aquela na qual o ofensor deve sofrer as consequências punitivas (a exemplo da prisão), haja vista que estas não o levam a responsabilizar-se. Para tanto, esclarece que:

Para cometer ofensas e conviver com seu comportamento, os ofensores frequentemente constroem racionalizações bastante elaboradas para os atos que cometeram, e a prisão lhes oferece tempo e incentivo de sobra para tanto. Eles acabam acreditando que o que fizeram não é tão grave assim, que a vítima “mereceu”, que todos estão fazendo a mesma coisa, que o seguro

195 SALMASO, 2016, p. 31/32.

pagará pelos danos. Encontram maneiras de colocar a culpa em outras pessoas e situações. Também adotam estereótipos sobre as vítimas de fato, e sobre vítimas em potencial. Inconscientemente, ou talvez conscientemente, procuram isolar-se das vítimas. Alguns assaltantes chegam a relatar que, ao entrar numa casa, viram os retratos para a parede a fim de não pensar em suas vítimas.

Nenhuma etapa do nosso processo judicial questiona essas atribuições equivocadas. Pelo contrário. O processo em geral fomenta racionalizações e fortalece os estereótipos. A natureza adversarial do processo tende a sedimentar os estereótipos sobre as vítimas e sobre a sociedade. A natureza complicada, dolorosa e não participativa do processo estimula uma tendência a focalizar os erros cometidos pelo ofensor, desviando a atenção que deveria estar sobre o dano causado à vítima. Muitos, senão a maioria dos ofensores, acabam sentindo que foram maltratados (e bem podem ter sido!). Por sua vez, isto os incentiva a olhar para sua própria condição ao invés de ver a condição da vítima. No mínimo, e por causa da complexidade e foco no ofensor do processo criminal, eles se veem totalmente envolvidos *com* sua própria situação jurídica.

Por conseguinte, os ofensores raramente são estimulados a olharem para os verdadeiros custos humanos dos atos que cometeram. Qual será a sensação de ter sua casa invadida e roubada, o carro roubado? *Como* será sentir medo e dúvida quanto a quem fez isto e por quê? Como será a sensação de sentir que se vai morrer e depois perder um olho? Que tipo de pessoa é a vítima? Dentro do âmbito da experiência do ofensor no processo judicial nada toca nessas questões. Nada o obriga a encarar suas racionalizações e estereótipos. No caso acima, o ofensor tentou entender o ocorrido, mas sua compreensão foi incompleta e, além do mais, logo será ofuscada pela sua vivência da justiça e da punição¹⁹⁶.

É a partir disso que surge a compreensão acerca do que seria a “verdadeira responsabilidade”, a qual engloba a efetiva compreensão por parte do ofensor quanto às consequências humanas decorrentes dos atos praticados. Ou seja, passa-se a encarar aquilo que foi feito e a quem foi feito. Soma-se também o envolvimento, de igual forma, da assunção da responsabilidade pelos resultados das ações praticadas, bem como os estímulos para corrigir a situação e reparar os danos ocasionados¹⁹⁷. Em razão disso, a Resolução n. 225/2016 estabeleceu que:

III – as práticas restaurativas terão como foco as necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade de reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo fato danoso e as implicações para o futuro. (Resolução CNJ 225/2016)

196 ZEHR, 2012, p. 40.

197 ZEHR, 2012, p. 41.

Em verdade, a Justiça Restaurativa aproxima-se de uma filosofia de vida. Não é um instrumento criado para mudar o outro, mas, sim, um convite para que as pessoas consigam enxergar a responsabilidade para com elas próprias, para com o outro e para com toda a comunidade. É uma grande fantasia pensar que vamos mudar as pessoas. As pessoas só mudam quando elas encontram sentido, razão pela qual a mudança não deve vir pelo medo, mas pela própria transformação, principalmente, quando se está diante de crimes de segunda velocidade do direito penal.

Nesse caso, o ofensor deve admitir sua responsabilidade no crime praticado, sendo característica primordial da Justiça Restaurativa, razão pela qual a postura inicial do autor do fato servirá de norte na busca pela solução do conflito e na reconstrução dos laços rompidos¹⁹⁸. Nesse sentido, são precisas as lições de Howard Zehr:

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. (...) Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça¹⁹⁹.

Cita-se, inclusive, o exemplo japonês, segundo o qual:

(...) Enquanto o complexo sistema jurídico punitivo da sociedade ocidental desestimula a confissão, o sistema nipônico parece fazer dele a norma.

As vítimas têm um papel importante nesse processo. A restituição pelas perdas é um resultado esperado. E elas têm voz quando se trata da decisão da autoridade de denunciar, diligenciar e sentenciar. No entanto, não controlam o processo, nem fazem um papel de adversário ou acusador.

Os ocidentais ficam espantados com a disposição das autoridades de tirar o caso do sistema jurídico-formal. Isto se deve apenas ao nosso pressuposto de que o processo formal é primário e seu foco principal é estabelecer a culpa e aplicar a punição. O objetivo básico do processo criminal no Japão é corrigir, e esse princípio rege as decisões das autoridades. *“Assim, o papel das autoridades não fica confinado às tarefas formais de prender, acusar e sentenciar. Ao contrário, quando pessoalmente convencidos de que o suspeito é autor do ilícito, muda sua primeira preocupação, que é com as provas evidenciais da culpa, tomando-se uma preocupação com a atitude do suspeito e suas perspectivas de reabilitação e reintegração na sociedade, inclusive sua aceitação da autoridade”*.

A tolerância é considerada uma reação adequada quando tem início o processo de correção. Haley conta que o padrão de reação típica do japonês diante do crime é *“reconhecimento da culpa, expressão de remorso, inclusive negociação direta com a vítima quanto à restituição e perdão*

198 ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça; tradução de Tônia Van Acker. -- São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 191.

199 ZEHR, 2008. p. 191/192.

*como pré-requisitos para um tratamento tolerante, evitando-se o recurso ao encarceramento por longos períodos*²⁰⁰.

Por fim, destaca-se que ninguém participa de um método restaurativo se não quiser. A voluntariedade, além de ser uma limitação da lei, é uma limitação implícita da própria Justiça Restaurativa. Se as partes não quiserem participar, elas não participam. Grosso modo, é a construção junto àquela pessoa que causou o dano, a reflexão de que ocorreu um dano, não por simplesmente ter transgredido a lei, mas um dano ao tecido social – a partir dessa reflexão, que ela própria proponha a construção de um plano para sua responsabilização.

Portanto, trata-se de verdadeira experiência democrática, na qual as partes se expressam e ouvem respeitosamente todos. Utiliza-se o diálogo para chegar a um acordo, propiciando que o autor do fato abandone uma situação de passividade e assuma uma postura ativa, inclusive, nas discussões e na tomada de decisões, contando com o auxílio do facilitador restaurativo²⁰¹.

4.3.2 A valorização da vítima

A conceituação de vítima no processo penal encontra grandes dificuldades, razão pela qual pede-se vênua para transcrever as lições de Ana Sofia S. Oliveira:

No campo jurídico, a expressão vítima é mais ampla que as outras referidas e estas, portanto, ficam por ela abrangidas. Vítima, é, portanto, o sujeito passivo constante ou eventual, principal ou secundário. Uma ressalva especial merece apenas a expressão prejudicado. Pode ser prejudicado incluído na categoria vítima? Em um enfoque mais amplo, como o vitimológico, não há dúvidas de que a resposta é afirmativa. No entanto, no campo jurídico, o prejudicado só deve ser considerado vítima quando for, em razão do mesmo fato, também sujeito passivo (...). Como se vê, o conceito de vítima que serve à vitimologia, nos limites aqui traçados, ainda que restrito à vítima de crime, é mais amplo que o conceito jurídico. Diante das dificuldades expostas, é adotado, nesse trabalho, um conceito aberto que permite o enquadramento, na categoria de vítima, de toda pessoa física ou jurídica e ente coletivo prejudicado por um ato ou omissão humana que constitua infração penal, levando-se em conta as referências feitas ao conceito de crime pela criminologia²⁰².

²⁰⁰ ZEHR, 2008, p. 206/207.

²⁰¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: da teoria à prática. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 56.

²⁰² OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. A Vítima e o Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 81 e 87.

Como demonstrado ainda no primeiro capítulo, o Direito Penal foi construído sob a ótica da expropriação da vítima do conflito penal, relegando-a a um segundo plano. Relembra-se que, nos dizeres de Bittencourt, “*as diversas fases da evolução da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios*”, sendo que “*a doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual*”²⁰³. Ou seja, a construção da ideia de que o homem deve abdicar do seu direito de resolver o conflito individualmente (autotutela) é uma condição necessária desde o Estado Moderno, haja vista que atentar contra a lei seria o mesmo que atentar contra a vontade do soberano. Em sentido complementar, é o pensamento do professor Afrânio Silva Jardim:

É de todos sabido que a aplicação de uma determinada sanção penal não está voltada para a satisfação retributiva da vítima, embora se possa reconhecer como natural sua vontade de ver punido o agressor. A pena não tem a função de reparar o dano, não tem caráter reparatório²⁰⁴.

Salo de Carvalho complementa que:

Temos que a proposta de resgate da vítima, além de representar uma privatização (comercialização) do processo penal, passa por uma visão romântica do ser humano como capaz de diálogo em momentos de crise. De uma visão ingênua do homem e suas perversões. Daí porque, em nossa opinião, incompreensíveis os modelos de justiça negocial que vêm sendo introduzidos, gradativamente, em nosso sistema processual, sob a justificativa imediata de valorizar a vítima no processo e, mediata, de proporcionar celeridade na reparação do dano²⁰⁵.

Inclusive, a pretexto de um processo penal constitucional, alguns doutrinadores, como Lopes Júnior e Streck defendem a inconstitucionalidade da figura do “*assistente da acusação*”, ao argumento de que “*a Constituição da República atribuiu ao Ministério Público a competência ‘privativa’ para propositura da ação penal, artigo 129, inciso I, e previu uma única exceção no artigo 5º, inciso LIX, na denominada ação penal subsidiária da pública*”²⁰⁶

203 BITENCOURT, 2020, p. 185.

204 JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 2ª ed. RJ: Forense, 1994. p. 13.

205 CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002. p. 151.

206 LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 776.

e “*não é temerário dizer que o assistente ao Ministério Público é um resquício da privatização do processo penal*”²⁰⁷.

Quanto à relação desenvolvida entre vítima e direito penal, há ainda quem vai além de simplesmente afastá-la do processo de responsabilização, a exemplo do doutrinador Bernd Schünemann, o qual apresenta uma nova ótica em relação à ideia de prevenção de lesões a bem jurídicos, através do chamado princípio Vitimodogmático. Seu modelo de prevenção de lesões se volta tanto para o criminoso quanto para a vítima. Sendo assim, sob a perspectiva desse autor, o infrator recebe a pena por ter cometido o delito, já a vítima que não teve o devido zelo com o bem jurídico, objeto do crime, deve também, de alguma forma, pagar por este delito. Não obstante, a vítima não receberia uma pena tal como o criminoso, mas teria como pena o desmerecimento de seu sofrimento pelo delito sofrido e desta forma a lesão sofrida deixaria de ser vista como crime. Ou seja, a vítima, portanto, seria julgada como não merecedora de proteção²⁰⁸. Registra-se que a ideia de Schünemann nada mais é que a base Teórica da Culpabilização da Vítima. Deste modo, entende-se que da culpabilização da vítima se faz um ato institucionalizado de sobrevivitização, o qual deve ser amplamente combatido.

Como demonstrado, em que pese não exista crime sem vítima (inclusive há fortes críticas aos crimes de perigo abstrato ou crimes sem dano), esta, com o passar do tempo, foi, cada vez mais, afastada do fenômeno criminal e, não raras as vezes, foi tão responsabilizada quanto o autor do fato²⁰⁹. Não obstante, o transcorrer do tempo revelou que retirar por completo a vítima do processo penal demonstrou ser um erro inescusável, razão pela qual este quadro começou a se modificar com o término da segunda guerra (marcada pelo holocausto e pela dizimação de milhões de pessoas), o que motivou o nascimento da vitimologia, a partir seus estudos quanto ao papel dos vitimizados e, paulatinamente, tem modificado o cenário

207 STRECK, Lênio. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 104.

208 SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madri: Tecnos, 2002. p. 116.

209 Convém registrar que há uma grande oscilação quanto aos julgados que, notadamente, culpabilizam a vítima, analisando, por exemplo, a roupa que ela vestia em delitos sexuais, haja vista que o art. 59 do Código Penal estabelece que o “comportamento da vítima” deverá ser levado em consideração na fixação da pena base. Por outro lado, há julgados que marcam a impossibilidade de culpabilização da vítima, como recente jurisprudência em teses do Superior Tribunal de Justiça, fixando a tese de que a palavra da vítima de estupro deve ser vista com especial atenção, dando a entender que a sua palavra vale e pode ser utilizada como fundamento condenatório, desde que esteja em consonância com os outros elementos de prova, levados ao processo.

internacional com o surgimento de um processo voltado à tutela dos direitos e garantias fundamentais das vítimas²¹⁰.

Ainda sob a perspectiva criminológica, surgem novos aspectos que circundam a vítima e promovem uma mudança de perspectiva, principalmente, resgatando-a no processo a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, outrora era invocado exclusivamente em favor do acusado, mas passa a ser utilizado como vetor para o aperfeiçoamento de uma maior proteção da vítima. Isso porque objetiva-se evitar o que se chama de vitimização primária, secundária, terciária e, até mesmo, quatenária²¹¹.

É diante desse contexto, portanto, que a Justiça Restaurativa busca a “reapropriação dos conflitos” que, nas palavras de Raquel Tiveron e Tagore Alegria, não representaria qualquer retorno à vingança privada, haja vista que:

Em primeiro lugar, porque qualquer acordo de caráter sancionatório teria que contar, necessariamente, com a anuência do ofensor. A liberdade do seu consentimento estaria assegurada pelos princípios da voluntariedade (que permite que ele possa, a qualquer momento, retirar-se do processo restaurativo, sem qualquer prejuízo, garantido a ele o retorno aos meios ordinários de jurisdição) e da confidencialidade (que afiança que nada do que foi discutido ou afirmado durante os encontros restaurativos possa ser usado no processo judicial). Em segundo, a aceitação mútua do autor e da vítima desta forma de solução de conflitos não a transforma em mecanismos privados ao sabor da autonomia da vontade. A justiça restaurativa requer, inevitavelmente, um efetivo controle público-estatal que defina seu marco de atuação, seus limites objetivos, subjetivos, formais e estruturais e que garanta um processo justo, evitando possíveis abusos. Por fim, convém lembrar que a justiça restaurativa diz respeito a matérias de ordem penal e, por isso, deve reger-se por seus princípios garantidores, ainda que seus procedimentos terminem de forma extrajudicial, antes ou após um processo judicial.

Logo, conforme a salutar lição de Ferrajoli, o direito penal serve não apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições²¹². E, dessa forma, ao resgatar a relevância da vítima através da Justiça Restaurativa, aliado à perspectiva garantista,

210 NEVES, Sofia e FÁVERO, Marisalva. A Vitimologia e os seus percursos históricos, teóricos e epistemológicos. In: Vitimologia, ciência e ativismo. Coimbra: Almedina, 2010, p. 18.

211 A vitimização primária é quando a vítima sofre o crime. A vitimização secundária ou também conhecida por “sobrevitimização” está relacionada ao contato que a vítima terá com as instâncias formais de controle. Ou seja, no momento em que ela busca amparo nessas instâncias e não encontra, está sendo novamente vitimizada. Por sua vez, a vitimização terciária está correlacionada a maneira com que a sociedade julga esta vítima, bem como quanto aos casos em que há a autovitimização, quando a vítima passa a se entender culpada pelo delito sofrido. Por fim, a vitimização quatenária está diretamente relacionada a exposição de fatos criminosos pelos meios de comunicação, causando uma sensação de aumento da criminalidade.

212 TIVERON, 2017, p. 258.

ter-se-á, verdadeiramente, a proteção do fraco contra o mais forte: *“do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários”*²¹³. É, portanto, fundamental para o processo penal que haja a efetiva valorização da vítima a fim de proporcionar a efetiva pacificação social.

4.4 UMA ANÁLISE DA SISTEMÁTICA UTILIZADA PELA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE UBERABA/MG

Inicia-se a última parte do presente trabalho com um aviso:

Conquanto possamos aprender com experiências, práticas e costumes de inúmeras comunidades e culturas, nenhum deles deve ou mesmo pode ser copiado e simplesmente implantado em outra comunidade ou sociedade. Ao contrário, devem ser vistos enquanto exemplos de como diferentes comunidades e sociedades encontraram no seu contexto particular uma forma apropriada de fazer justiça e reagir ao comportamento nocivo. Tais abordagens oferecem inspiração e um ponto de partida. Embora não sendo um modelo prontamente aplicável, servem como catalisadores para formarmos ideias e metas próprias²¹⁴.

Dessa forma, para mensurar como os operadores do direito, principalmente os integrantes do Poder Judiciário, têm analisado a possibilidade de confluência dos métodos restaurativos no âmbito dos Acordos de Não Persecução Penal, buscou-se perquirir quais foram as “pontes” utilizadas no âmbito da Subseção Judiciária de Uberaba/MG entre os Acordos de Não Persecução Penal celebrados no contexto do sistema de justiça tradicional a partir dos métodos da Justiça Restaurativa, sem cooptá-la ou transformá-la em um adendo do sistema tradicional a fim de garantir sua autonomia. Para tanto, realizou-se uma pesquisa quantitativa para melhor compreensão do tema.

4.4.1 A implementação dos métodos restaurativos na Subseção Judiciária de Uberaba/MG

De início, deve-se reconhecer o pioneirismo da Subseção Judiciária de Uberaba/MG²¹⁵ na adoção de métodos e princípios da Justiça Restaurativa, principalmente,

213 FERRAJOLI, 2002, p. 311.

214 ZEHR, 2012. p. 75/76.

215 Quando se fala em pioneirismo não se está falando que a Subseção Judiciária de Uberaba foi a primeira e/ou única a adotar os métodos de Justiça Restaurativa, mas sim que ela assumiu uma posição de destaque no âmbito federal que inspirou a criação de outros centros, a exemplo do Centro de Justiça Restaurativa (CEJURE) da Seção Judiciária de São Paulo, vinculada ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual foi criado em 2019. O CEJURE em São Paulo também surgiu a partir da identificação de vulnerabilidades por partes dos magistrados

pela adoção da sistemática em um momento em que – até então – havia forte desconfiança, em razão de uma visão tradicionalista a respeito do processo judicial, o que, com o decorrer do tempo, acabou servindo de inspiração e modelo para inúmeras outras comarcas/subseções judiciárias.

Nessa perspectiva, retomando as críticas já realizadas ao método tradicional, os Juízes Federais da SSJ de Uberaba/MG, liderados pelo magistrado Osmane Antônio dos Santos, buscaram ressignificar os métodos tradicionais de resolução dos conflitos, principalmente, em razão da maior aceitação quanto à utilização dos métodos de conciliação e mediação no âmbito cível. Isto é, ganhou força a visão de que a resolução do processo pelos métodos autocompositivos seriam a solução. Ocorre que, passou-se a questionar como convencer as partes a aderirem as novas práticas, haja vista que um dos princípios básicos dos métodos autocompositivos é a voluntariedade. Como fazer com que as partes conversassem mesmo existindo uma lide entre elas?

Além disso, no início, surgiram outros questionamentos, dentre eles, se os Juízes seriam capazes de “abrir mão do poder de decisão” transferindo o poder de decidir o rumo de suas vidas às partes. Em tese, este problema não foi de difícil solução, sendo superado a partir da simples constatação de que ao assim fazer, os Juízes garantiriam a construção de resultados que efetivamente pacificam o conflito e não mais o potencializam (o que seria o principal objetivo do processo: a pacificação social).

Afinal de contas, ninguém quer perder e – enquanto existirem instrumentos jurídicos que permitam protelar ao máximo o término da lide – as partes com toda certeza assim agirão. Isso porque não se desconhece que por trás de todo processo existem, pelo menos, duas perspectivas de lide: (a) uma parte objetiva (que está aparente e que consiste na violação do próprio direito) e (b) outra subjetiva (que nem sempre é externada pelas partes, mas que potencializa a parte objetiva), o que, por consequência, promove uma artificialização dos conflitos.

Em verdade, os Juízes julgam os fatos que lhes são apresentados. Entretanto, há fatos (que compõem essa parte subjetiva da lide) que tangenciam a questão, mas que não podem ser objeto de apreciação por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, ganha força a tese de que

e das partes em não saber lidar com todos as lides que lhes são postas diariamente. Em um primeiro momento, promoveu-se a formação de facilitadores, bem como a criação de grupos de estudos. Sem prejuízos, também destaca-se três projetos-piloto de justiça restaurativa implementados no Brasil a partir de 2005, nas cidades de São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília/DF.

os Juízes acabam por julgar um conflito artificial, porquanto, na prática, sequer lhes é dada a possibilidade de conhecer a realidade, permitindo, assim, que um conflito real seja julgado em vez de um conflito artificial representado pelas “letras frias” do processo.

Nesse contexto, buscou-se suporte nos métodos da Justiça Restaurativa que surgiram em contraposição à visão tradicional do conflito entre as partes²¹⁶, ao permitir que elas busquem a melhor resolução para o caso concreto, principalmente, quando um dos princípios básicos – que já foi exaustivamente trabalhado no capítulo 2 deste trabalho –, que é o princípio da horizontalidade, prevaleça.

Assim, objetivando que as partes efetivamente falem e ouçam tudo que está por trás da lide e, ao final, encontrem uma solução, os magistrados da SSJ de Uberaba/MG conseguiram que fosse instalado, no ano de 2017, o Núcleo de Práticas Restaurativas (NPR), com fundamento na Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça²¹⁷, contando com uma equipe multidisciplinar formada por psicólogas, assistentes sociais, bacharéis em direitos, dentre outros que fazem um primeiro contato com as partes em sessão preliminar.

Nesse ponto, quanto à participação de cada um dos envolvidos, destaca-se o papel primordial dos facilitadores que são aquelas pessoas responsáveis por colocarem em prática a teoria da Justiça Restaurativa. De igual forma, os Juízes passaram a assumir a figura de gestores da lide, fazendo articulações interinstitucionais e verificando se é o caso ou não de encaminharem ao Núcleo de Práticas Restaurativas o conflito. Não assumem esse papel para impor determinadas condutas, mas para auxiliar na construção dos projetos enquanto mais um membro da comunidade.

Sem prejuízo, mesmo com o Núcleo de Práticas Restaurativas instalado, ainda surgiram várias dúvidas e, principalmente, críticas quanto à adoção das práticas restaurativas, destacando-se a visão de que os profissionais estariam “*passando a mão na cabeça de bandidos*”, bem como que no âmbito da Justiça Federal não haveria a personificação de “vítimas”, haja vista que a maioria dos crimes é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do art. 109 da CF/88²¹⁸.

216 Howard Zehr explica que “A Justiça Restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o sistema judicial”, bem como que “não é, de modo algum, resposta para todas as situações. Nem está claro que deva substituir o sistema judicial, mesmo num mundo ideal” In ZEHR, 2012. p. 25.

217 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 01/06/2022.

218 Para tanto, utilizou-se a figura das Vítimas Sub-rogadas no lugar das Vítimas Efetivas. Isto é, em casos envolvendo a administração direta ou indireta, conta-se com a presença de servidores da referida instituição a

Para superar essas críticas, buscou-se resposta na diferenciação de vítima sub-rogada e vítima efetiva, por meio da qual, naqueles crimes em que a vítima é o Estado (situação em que órgãos da administração direta e indireta são as vítimas), contou-se com o auxílio de servidores públicos a fim de que fizessem as vezes de vítima, compartilhando o ponto de vista de quem está do outro lado do balcão e como o crime praticado em detrimento do próprio Estado afeta os serviços públicos oferecidos. Inclusive, esse processo evoluiu de tal modo que há quem defenda a utilização, no futuro, dos métodos restaurativos nos casos em que há vítimas que possuem interesse em participar do processo restaurativo, mas o ofensor não, utilizando também a figura do ofensor sub-rogado.

4.4.2 Elementos para um debate acerca do papel da Justiça Restaurativa no processo penal a partir da Subseção Judiciária de Uberaba/MG

Para tanto, procedeu-se à vasta pesquisa no site do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e no Sistema Unificado de Execução Penal (SEEU), ambos referentes aos processos distribuídos à Subseção Judiciária de Uberaba/MG, vinculada ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, utilizando-se os seguintes indexadores: (a) processos autuados entre “01/01/2019” e “01/12/2022”; e (b) classe judicial: (b.1) “Inquérito Policial”; (b.2) “Procedimento Investigatório Criminal”; (b.3) “Petição Criminal”; (b.4) “Ação Penal”; (b.5) “Execução Penal” e (b.6) “Termos Circunstanciados”.

Com efeito, essas são as principais classes de distribuição de processos em matéria penal que interessam ao presente estudo. Não se desconhece a existência de outras classes, tais como: “Habeas Corpus” (HC), “Medidas Cautelares”, dentre outras, mas por uma questão metodológica optou-se pela análise, tão somente, das 6 classes listadas acima. Principalmente, porque não é plausível que tenha sido celebrado um acordo de não persecução penal ou, utilizado os métodos de Justiça Restaurativa, em outras classes que não as escolhidas.

De início, identificou-se que, no período entre 01/01/2019 e 01/01/2022, foram distribuídos 789 (setecentos e oitenta e nove) processos, subdivididos nas seguintes classes: i) 448 inquéritos policiais (IPLs); ii) 53 procedimentos investigatórios criminais (PICs); iii) 20

fim de que estes mostrem ao autor dos fatos qual é a visão de quem está dentro da referida instituição. Ou seja, como a prática criminosa afeta as rotinas e quais os impactos. Fala do Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos durante o curso “Justiça Restaurativa: um novo olhar sobre a Justiça”, ESMAF, em 05 de agosto de 2021.

petições criminais; iv) 193 ações penais; v) 65 execuções penais e vi) 10 termos circunstanciados (TCs). Confira-se o quadro resumo:

Tabela 5: Relação quantidade de processos (distribuídos por vara x classe processual) na Subseção Judiciária de Uberaba/MG

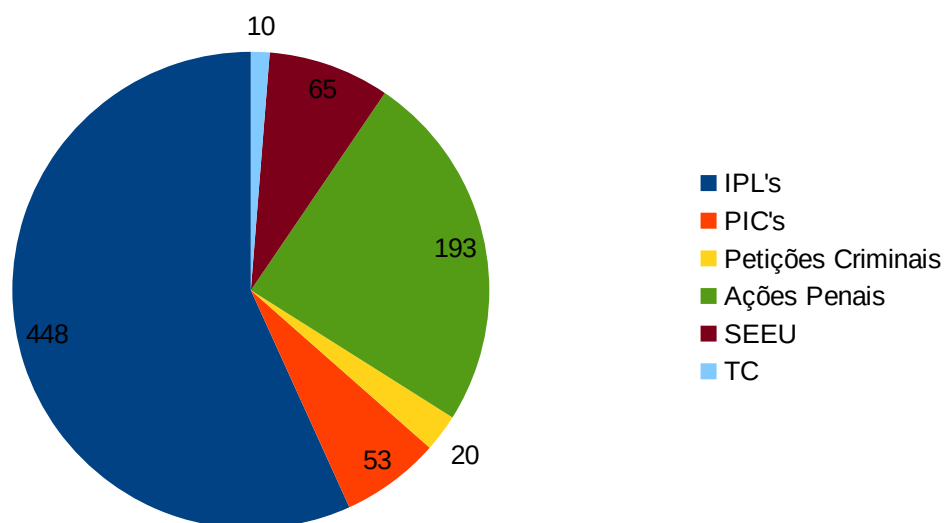
QUANTIDADE TOTAL DE PROCESSOS							
VARA	IPL	PIC	Pet. Crim.	APN	SEEU	TC	TOTAL
1ª VARA	151	13	3	66	30	0	263
2ª VARA	126	19	8	57	22	0	232
3ª VARA	0	16	1	0	0	9	26
4ª VARA	171	5	8	70	13	1	268
TOTAL	448	53	20	193	65	10	789

Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

Ao compactar as informações de acordo com as classes processuais e distribuição por varas, identificou-se que:

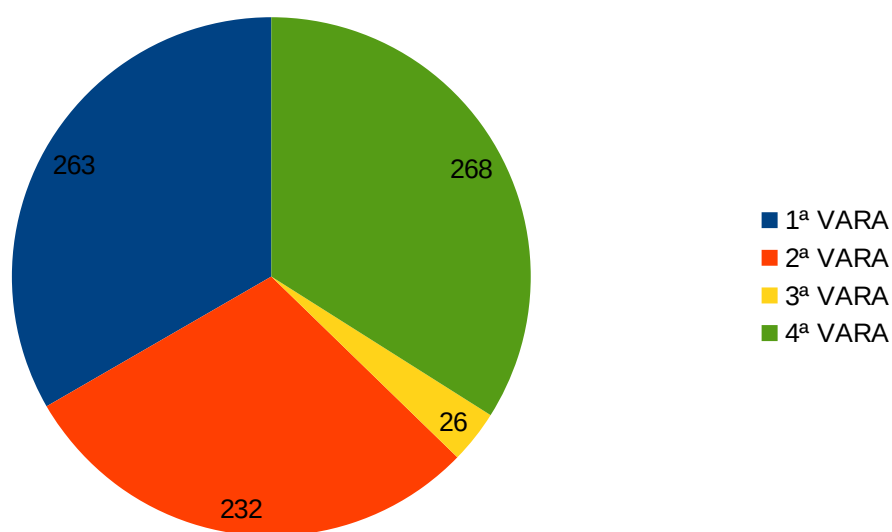
Tabela 6: Gráfico com a quantidade de processos (distribuídos por vara x classe processual) na Subseção Judiciária de Uberaba/MG

a) Processos distribuídos por classe:



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

b) processos distribuídos por vara federal;



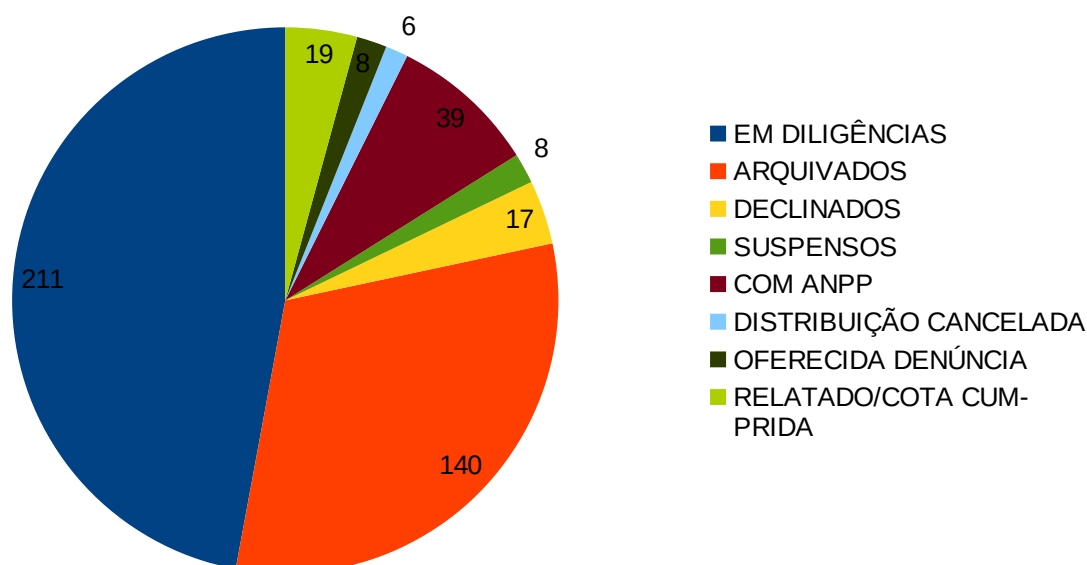
Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

Sem prejuízo, dentro de cada classe processual, aferiu-se qual foi o último provimento jurisdicional proferido (data base: 10/01/2022). Nesse sentido:

4.4.2.1 Quanto aos processos da classe de Inquéritos Policiais

Quanto à classe de Inquéritos Policiais (IPLs), após detida análise, foi possível constatar, pelo menos, 7 (sete) subtópicos para fins de organização das informações levantadas, a saber: i) inquéritos policiais com diligências pendentes de cumprimento por parte da Polícia Federal (PF); ii) inquéritos policiais arquivados; iii) inquéritos policiais declinados/foi suscitado conflito de competência; iv) inquéritos policiais suspensos; v) inquéritos policiais com distribuição cancelada; vi) inquéritos policiais relatados/ com cota ministerial cumprida; vii) inquéritos policiais com denúncia oferecida e, por fim, viii) inquéritos policiais com Acordo de Não Persecução Penal celebrado, o que pode ser sistematizado no seguinte gráfico:

Tabela 7: Gráfico referente aos processos da classe "Inquérito Policial"



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

De um total de 448, celebrou-se Acordo de Não Persecução Penal em apenas 39 Inquéritos Policiais, o que corresponde a 8,70%. Em 8 (oito) processos (1,78%) registrados na classe de “Inquérito Policial” já possuíam denúncia oferecida, mas ainda não havia sido alterada a classe para “Ação Penal”. Por outro lado, constata-se que 31,25% (140) dos Inquéritos Policiais foram arquivados.

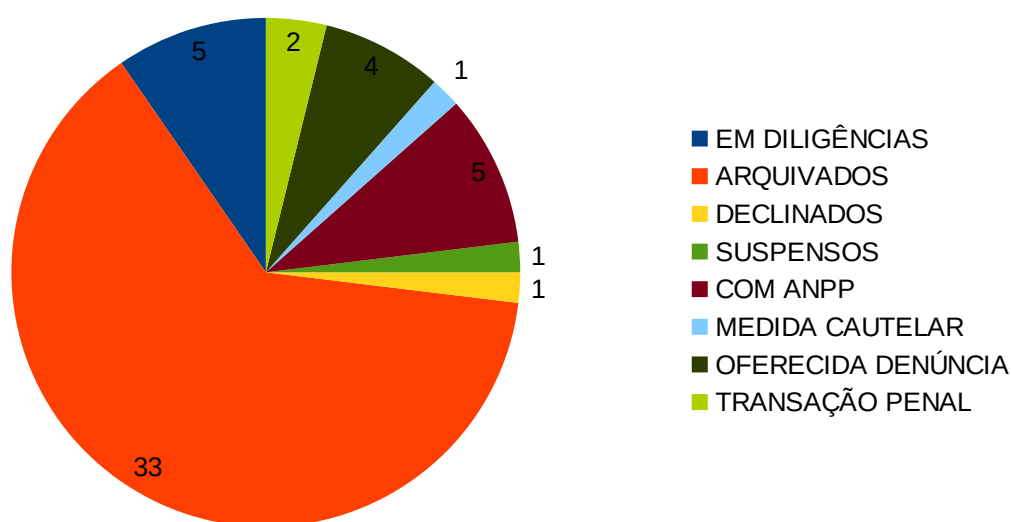
Ainda com relação aos processos com classe definida por “Inquérito Policial”, identificou-se que em 15 (quinze) processos (38,46%) houve a derivação dos Acordos de Não Persecução Penal para o Núcleo de Práticas Restaurativas. Em 09 (nove) processos (23,07%), o MPF requereu a derivação para a Justiça Restaurativa, mas ainda não havia sido realizada. Em 07 (sete) processos (17,94%) foi celebrado o Acordo de Não Persecução Penal sem a participação do Núcleo de Práticas Restaurativas. Com relação aos demais 08 (oito) processos (20,51%), não se identificou se houve a derivação ou não para a Justiça Restaurativa.

4.4.2.2 Quanto aos processos da classe de Procedimentos Investigatórios Criminais

De igual forma, quanto a classe dos “Procedimentos Investigatórios Criminais” (PICs), também agruparam-se os processos em 7 (sete) subtópicos para fins de organização

das informações levantadas, a saber: i) com diligências pendentes de cumprimento por parte da Polícia Federal; ii) arquivados; iii) declinados/suscitado conflito de competência; iv) suspensos; v) com pedido de medida cautelar; vi) com proposta de transação penal; vii) com denúncia oferecida; e, por fim, viii) com proposta de Acordo de Não Persecução Penal, o que pode ser esquematizado no seguinte gráfico:

Tabela 8: Gráfico referente aos processos da classe "Procedimento Investigatório Criminal"



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

De um total de 53 processos, celebrou-se Acordo de Não Persecução Penal em 5 processos, o que corresponde a 9,43%. Cerca de 7,54% dos processos (4 processos) registrados na classe de “Procedimento Investigatório Criminal” já possuíam denúncia oferecida, mas ainda não havia sido alterada a classe para “Ação Penal”. Por outro lado, constata-se que 62,26% (33) dos PICs foram arquivados.

Ainda com relação aos processos com classe definida por “Inquérito Policial”, identificou-se que em 1 (um) processo (20%) houve a derivação do Acordo de Não Persecução Penal para o Núcleo de Práticas Restaurativas. Em 02 (dois) processos (40%), o MPF requereu a derivação para a Justiça Restaurativa, mas ainda não havia sido realizada. Nos outros 02 (dois) processos (40%) foi celebrado o Acordo de Não Persecução Penal sem a participação do Núcleo de Práticas Restaurativas.

4.4.2.3 Quanto aos processos da classe de *Petições Criminais*

Quanto à classe de Petições Criminais (PCs), identificou-se uma maior quantidade de subtópicos em relação à atual situação, podendo apontar processos relacionados: i) a reabilitação criminal; ii) distribuição cancelada; iii) arquivados; iv) com pedidos para transferência de presos para outras unidades prisionais; v) a expedição de guia de recolhimento à prisão; vi) a alienação antecipada de bens; vii) ao compartilhamento de provas; viii) execução penal; ix) pedido de relaxamento de prisão; x) pedido de prisão preventiva; xi) expedição de mandado de constatação; xii) acompanhamento de medidas cautelares; xiii) uso provisório de veículos/destinação de bens apreendidos e, por fim, xiv) a acordos de não persecução penal celebrados, o que foi compilado da seguinte forma:

Tabela 9: Gráfico referente aos processos da classe "Petição Criminal"



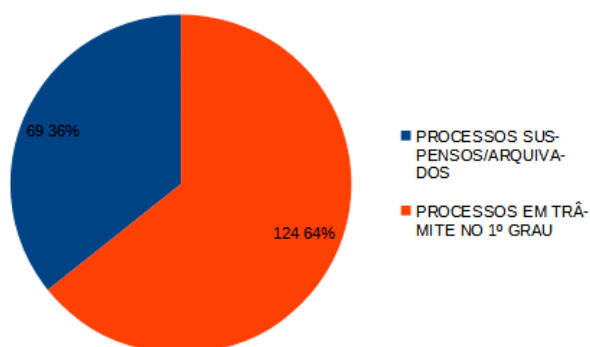
Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

De um total de 20, celebrou-se Acordo de Não Persecução Penal em apenas 2 processos, o que corresponde a 10%. Por oportuno, registra-se que a referida classe foge um pouco do padrão, haja vista que se destina a outros temas que não necessariamente se celebra o Acordo de Não Persecução Penal. Não obstante, nos 2 (dois) processos em que houve a celebração do ANPP, não houve a derivação para o núcleo de práticas restaurativas.

4.4.2.3 Quanto aos processos da classe das Ações Penais

Quanto à classe das Ações Penais (APNs), optou-se por dividir os processos que estão em trâmite regular dos processos que, via de regra, não estão tramitando perante a Subseção Judiciária de Uberaba/MG, seja por já estarem localizados no Egrégio Tribunal Regional Federal, seja por estarem arquivados ou até mesmo suspensos temporariamente. Dessa forma, compilaram-se as seguintes informações:

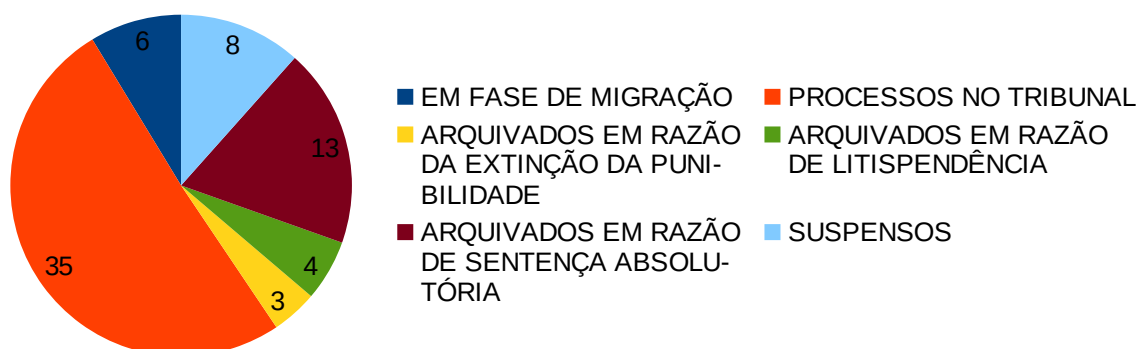
Tabela 10: Gráfico referente aos processos da classe “Ação Penal” divididos entre ativos e suspensos/arquivados



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

As ações penais arquivadas ou que estão suspensas foram subdivididas da seguinte maneira:

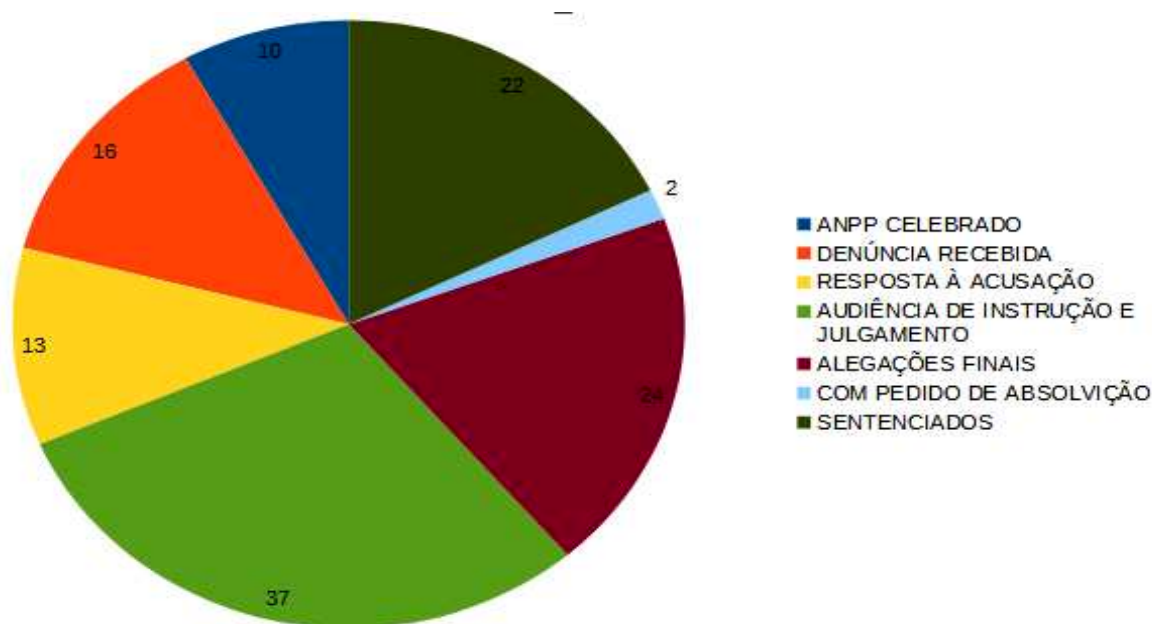
Tabela 11: Gráfico referente aos processos da classe "Ação Penal" suspensos/arquivados



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

As ações penais em trâmite regular foram subdividas da seguinte maneira:

Tabela 12: Gráfico referente aos processos da classe “Ação Penal” em tramitação



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

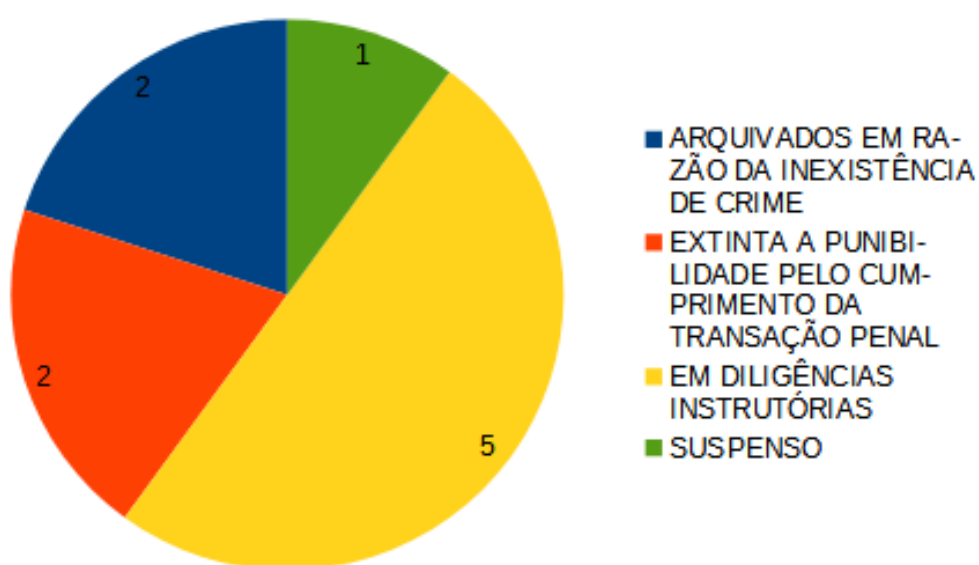
De um total de 193 processos, apenas 124 tramitaram regularmente (64%). Desse montante, celebrou-se Acordo de Não Persecução Penal em 10 deles, o que corresponde a 8,06%. Registra-se em 6 (seis) casos houve a derivação para o Núcleo de Práticas Restaurativas, correspondendo a 60% dos casos.

Por outro lado, constata-se que: (i) 17,74% (22) das Ações Penais foram sentenciadas, sendo que em nenhuma foi oferecido Acordo de Não Persecução Penal, sendo que em 5 (cinco) processos consta, de forma expressa, que o MPF deixa de oferecer o ANPP, em razão de reiteração delitiva e antecedentes criminais; (ii) 19,35% (24) das Ações Penais encontravam-se na fase de Alegações Finais, sendo que em 6 (seis) casos consignou-se, de forma expressa, possível reiteração delitiva; em 1 (um) caso registrou-se que, nos moldes da decisão proferida pelo STJ, não caberia ANPP após o oferecimento da denúncia; (iii) 29,83% (37) encontram-se na fase de Audiência de Instrução e Julgamento, e em apenas 2 (dois) casos (5,40%) foi oferecido ANPP, com a consequente derivação para o Núcleo de Práticas Restaurativas.

4.4.2.4 Quanto aos processos da classe dos Termos Circunstanciados de Ocorrência

Por sua vez, os Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCs) foram classificados da seguinte forma:

Tabela 13: Gráfico referente aos processos da classe “Termo Circunstanciado”



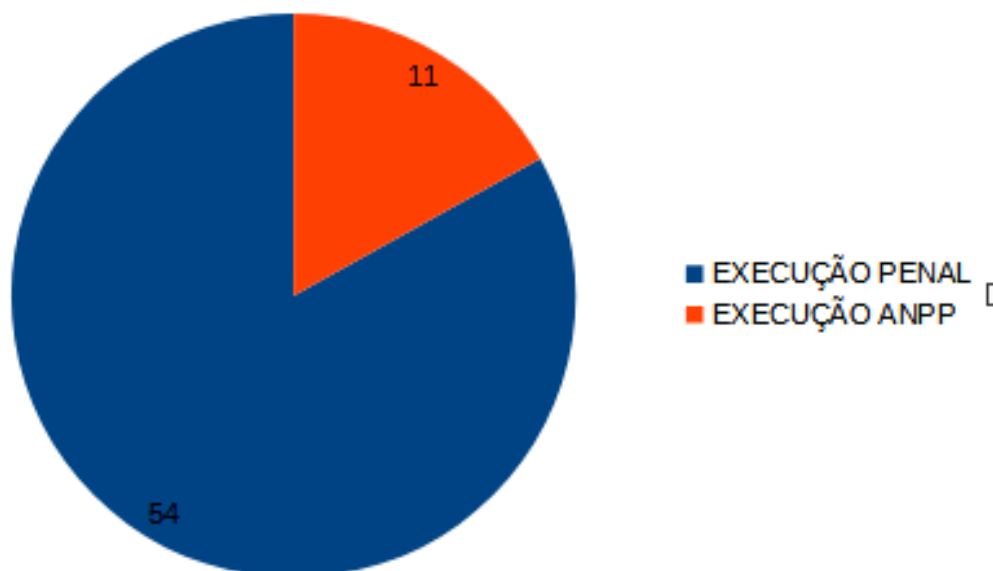
Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via PJe;

Observa-se que, por uma questão lógica, não foi celebrado o ANPP, haja vista que nos TCs é cabível a Transação Penal.

4.4.2.5 Quanto aos processos da classe de Execução Penal

Por fim, quanto às Execuções Penais (EPs), destaca-se que referente ao período pesquisado e no momento pesquisado foram localizados apenas 11 (onze) processos referentes ao cumprimento/fiscalização das obrigações assumidas pelos investigados no âmbito dos Acordos de Não Persecução Penal celebrados.

Tabela 14: Gráfico referente aos processos da classe “Execução Penal”



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via SEEU;

De um total de 65 processos, registra-se que tramitavam no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) apenas 11 processos, o que corresponde a 16,92%. Não foi possível identificar quantos destes processos foram derivados para o Núcleo de Práticas Restaurativas.

4.4.2.6 Dos crimes identificados na Subseção Judiciária de Uberaba/MG

Com relação aos processos analisados, identificaram-se quais foram os tipos penais imputados aos autores dos fatos, bem como se em uma análise perfunctória seria cabível a celebração do ANPP. Dessa forma, compilaram-se os dados nas seguintes tabelas:

Tabela 15: Tabela com a compilação dos tipos penais em trâmite na Subseção Judiciária de Uberaba/MG

ARTIGO	TIPO PENAL	PENA PREVISTA	CABÍVEL ANPP?
LEI n. 11.343/06	-	-	-
33	Tráfico de drogas	5 a 15 anos	NÃO – pena mínima prevista
35	Associação para o tráfico de drogas	3 a 10 anos	NÃO – reiteração criminosa
36	Financiamento do tráfico de drogas	8 a 20 anos	NÃO – pena mínima prevista
LEI 9.605/98	-	-	-
29, §1º	Crime contra a fauna	6 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
34	Pesca	1 a 3 anos	
38	Crime contra a flora	1 a 3 anos	
46	Crime contra a fauna	6 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
48	Crime contra a fauna	6 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
55	Poluição e outros crimes ambientais	6 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
LEI 10826/03	-	-	-
12	Posse irregular de arma de fogo	1 a 3 anos	SIM
18	Tráfico internacional de arma de fogo	8 a 16 anos	NÃO – pena mínima

ARTIGO	TIPO PENAL	PENA PREVISTA	CABÍVEL ANPP?
CÓDIGO PENAL	-	-	-
149	Redução a condição análoga à de escravo	2 a 8 anos	NÃO
155	Furto	1 a 4 anos	SIM
157	Roubo	4 a 10 anos	NÃO – violência / grave ameaça
163	Dano	6 meses a 3 anos	SIM
168-A	Apropriação indébita	2 a 5 anos	SIM
171, §3	Estelionato majorado	1 a 5 anos	SIM
180	Receptação	1 a 4 anos	SIM
250, §1º	Incêndio	3 a 6 anos	NÃO – grave ameaça
251	Explosão	3 a 6 anos	NÃO – grave ameaça
288	Associação criminosa	1 a 3 anos	NÃO – reiteração criminosa
289, §1º	Moeda falsa	3 a 12 anos	SIM
296, §1º	Falsificação de selo ou sinal público	2 a 6 anos	SIM
297	Falsificação de documento público	2 a 6 anos	SIM
299	Falsidade ideológica	1 a 5 anos	SIM
302	Falsidade de atestado médico	1 mês a 1 ano	NÃO – transação penal
304	Uso de documento falso	-	SIM
307	Falsa identidade	3 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
311	Adulteração de sinal identificador de veículo automotor	3 a 6 anos	SIM
313-A	Inserção de dados falsos em sistema de informações	2 a 12	SIM
329	Resistência	2 meses a 2 anos	NÃO – transação penal
334	Descaminho	1 a 4 anos	SIM
334-A	Contrabando	2 a 5 anos	SIM
337-A	Sonegação de contribuição previdenciária	2 a 5 anos	SIM
342	Falso testemunho	2 a 4 anos	SIM
356	Sonegação de papel ou objeto de valor probatório	6 meses a 3 anos	SIM

ARTIGO	TIPO PENAL	PENA PREVISTA	CABÍVEL ANPP?
LEI 9.503/97	-	-	-
309	Dirigir veículo automotor em via pública sem a devida permissão para dirigir ou habilitação	6 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
311	Traferir em velocidade incompatível	6 meses a 1 ano	NÃO – transação penal
8666/93	-	-	-
90	Frustrar / Fraudar o caráter competitivo	2 a 4 anos	SIM
93	Impedir/perturbar/fraudar a realização de qualquer ato	6 meses a 2 anos	NÃO – transação penal
96	Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação, instaurada para aquisição ou venda de bens	3 a 6 anos	SIM
4947/66	-	-	-
20	Invasão de terra pública	6 meses a 3 anos	SIM
7802	-	-	-
15	Agrotóxicos	2 a 4 anos	SIM
LEI 9.472/97	-	-	-
183	Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação	2 a 4 anos	SIM
LEI 8.137/90	-	-	-
1	Crime contra a ordem tributária	2 a 5 anos	SIM
2	Crime contra a ordem tributária	6 meses a 2 anos	NÃO – Transação Penal
LEI 6.766/79	-	-	-
50	Parcelamento irregular do solo	1 a 4 anos	SIM

Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos via Pje;

A partir da simples análise das penas previstas, constata-se que, dentre os 48 (quarenta e oito) tipos penais, é cabível (desde que preenchidos os outros requisitos) a celebração do Acordo de Não Persecução Penal em 25 (vinte e cinco) deles, o que perfaz o total de 52%.

4.4.2.7 Da análise dos dados coletados

Desta feita, a partir do levantamento dos dados acima, identificou-se que:

(a) do total de 789 (setecentos e oitenta e nove) processos, celebrou-se Acordo de Não Persecução Penal em apenas 67 deles, o que corresponde a 8,49%; sendo que, em uma análise superficial, seria cabível em 52% dos tipos penais investigados;

(b) do total de 67 processos nos quais foram celebrados o ANPP, houve a derivação para o Núcleo de Práticas Restaurativas de, aproximadamente, 33 (trinta e três) processos, o que corresponde à 49%; e

(c) quando se analisam apenas as classes dos Inquéritos Policiais e dos Procedimentos Investigatórios Criminais, afere-se que houve mais arquivamentos (173) do que Acordos celebrados (44).

As referidas informações são suficientes para concluir que o Acordo de Não Persecução Penal (em que pese a timidez na sua aplicação) possui a capacidade para reduzir significativamente a morosidade dos processos criminais ao mesmo tempo em que, caso seja utilizado à luz dos princípios e métodos da Justiça Restaurativa, promove uma nova orientação de política criminal, voltada não apenas para a prevenção geral e especial da pena, mas também para a reparação da vítima e, principalmente, para que haja a efetiva responsabilização ativa do autor dos fatos, o que, em tese, pode provocar uma redução nos índices de reiteração delitiva.

De igual forma, os números comprovam que o Ministério Público não tem utilizado o Acordo de Não Persecução Penal para “*salvar investigações fracassadas*”, tal como levantado por alguns doutrinadores, haja vista que: (i) 22 % dos processos (173) foram arquivados; (ii) em, aproximadamente, 5 % dos processos (44) foi oferecido o ANPP após a conclusão das investigações; e, por fim, (iii) foi oferecida denúncia em 17 % dos processos (136), os quais deram origem aos processos da classe da “Ação Penal”, sendo que em apenas 12 (doze) processos ofereceu-se o ANPP no curso da Ação Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do panorama exposto, evidenciou-se que na resolução dos conflitos sociais, há uma demanda cada vez maior da atuação judicial, em razão da utilização do Direito Penal enquanto instrumento de proteção dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ao longo do trabalho perpassou-se pelo enfrentamento das seguintes questões: *i)* o Direito Penal assumiu a função de proteção de direitos fundamentais, seja dos acusados, seja das vítimas, a partir da teoria da proteção ao bem jurídico e da teoria do garantismo penal; *ii)* a consequente expansão do Direito Penal demanda novas respostas na busca da efetiva pacificação social; *iii)* o movimento de busca por mecanismos mais eficientes e céleres de aplicação da justiça penal acarretou na flexibilização de normas do processo penal clássico, confirmando a existência de um “Direito Penal de velocidades”; *iv)* a Justiça Consensual apresentou instrumentos eficazes no enfrentamento da extensa inflação legislativa e do congestionamento processual e *v)* a Justiça Consensual ainda é acusada injustamente de romper com premissas do processo penal democrático.

Com esteio nessas questões, pode-se afirmar, em sede de conclusão geral, que a ponte à construção de soluções e à oferta de ferramentas interpretativas perpassa necessariamente pela identificação de que – em uma sociedade marcada pelo surgimento de novos riscos – o ritmo de responsabilização criminal das condutas que ofendem bens jurídicos deve guardar proporcionalidade com os fatos praticados, razão pela qual nem todas as condutas, num primeiro momento, devem ser submetidas a uma pena de privação de liberdade, principalmente, considerando que o recurso à via punitiva poderá provocar consequências mais graves à própria violação do bem jurídico protegido e, também, representar a impossibilidade de resolução do conflito por um mecanismo menos evasivo.

Nesse sentido, a solução perpassa necessariamente pela divisão apresentada por Silva Sánchez quanto à relativização das regras de imputação e das garantias processuais em duas velocidades, admitindo-se que a responsabilização se processe com maior velocidade aos crimes de menor gravidade (que também carecem de proteção) desde que não seja cominada pena privativa de liberdade, que é a sanção inerente aos delitos de maior gravidade.

É nesse contexto que o ANPP surge (além dos tradicionais instrumentos da Suspensão Condicional do Processo e da Transação Penal) a fim de dar concretude ao

supracitado sistema de velocidades do direito penal e, assim, permitir uma simplificação do procedimento penal por meio do consenso, apresentando como benefícios: *i)* o descongestionamento do Poder Judiciário motivado pela redução de atos processuais e *ii)* o resgate da credibilidade por parte da população quanto à efetividade da persecução penal, garantindo-se, assim, uma resposta mais rápida à criminalidade de menor ou média ofensividade, bem como a pronta reparação dos danos causados às vítimas.

Não obstante, é possível ir além. Isto é, além dos benefícios inerentes aos instrumentos consensuais, caso haja sua aplicação, em especial o ANPP (que exige a confissão formal e circunstanciada a respeito dos fatos), à luz dos princípios e métodos da Justiça Restaurativa, também poder-se-á apontar como vantagens: *iii)* a efetiva responsabilização ativa do autor do fato, o que – dentro da lógica apresentada – representa uma assistência ativa aos envolvidos (apoio alto), permitindo, assim, a participação direta dos interessados no processo de conscientização e reparação e *iv)* a reparação integral à vítima (para além da mera reparação pecuniária), o que contribui sobremaneira para a pacificação social.

Como visto, os primeiros passos já foram dados com a publicação da Resolução n. 225/2016 e da Resolução n. 300/2019, ambas do Conselho Nacional de Justiça, remanescendo pendente, tão somente, sua aplicação/efetivação no ordenamento jurídico a partir das medidas consensuais, em especial, do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Entretanto, a despeito de existir essa possibilidade, a partir da análise dos dados da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, identificou-se que há uma atuação ainda tímida quanto à utilização dos referidos institutos. Isso porque os casos em que foram celebrados Acordos de Não Persecução Penal não romperam a média de 10% dos processos em tramitação.

Soma-se a isso o fato de que, analisando os processos em que foi celebrado o ANPP, em aproximadamente 50% desses utilizou-se de métodos restaurativos, o que aparenta ser um campo promissor de estudo, principalmente, para verificar se houve queda significativa quanto aos índices de reincidência registrados. Com efeito, relembra-se que na tabela que individualiza os tipos penais apurados no âmbito da Subseção Judiciária de Uberaba/MG é possível identificar que quase 50% dos tipos penais permitem a aplicação do ANPP ao passo que apenas 2,67% (28 tipos penais de um universo de 1.050 tipos penais) impõem que o juiz

aplique o regime inicialmente fechado²¹⁹, o que também demonstra potencial para utilização dos referidos institutos.

Portanto, remanesce clarividente que o modelo negocial quando aplicado sob a perspectiva da Justiça Restaurativa guarda conformidade com os princípios constitucionais, haja vista que continua condicionada à previsão em lei dos limites e dos contornos da atividade a ser desenvolvida pelo Ministério Público, à voluntariedade do acusado (o qual, diga-se de passagem, continuará sendo assistido por advogado) e à efetiva preocupação em promover a completa reparação da vítima. Tudo isso, dentro de um processo que preza tanto pelo controle de eventuais excessos, quanto por proporcionar uma resposta mais célere à criminalidade, afastando, assim, uma possível estigmatização. Não obstante, faz-se necessário que haja a efetiva difusão dos referidos institutos com o objetivo de que esses se tornem cada dia mais presentes na prática forense.

219 Na obra “*O Caráter Polifuncional da Pena e os Institutos Despenalizadores: Em busca da política criminal do legislador brasileiro*”, Jônatas Kosmann mapeou os intervalos de penas previstos em 1050 tipos penais, tendo chegado a conclusão de que 50,67% das penas comportam transação penal, 24,10% comportam suspensão condicional do processo, outras 3,42% admitem a substituição por penas restritivas de direitos e apenas 2,67% (28 tipos penais) impõem que o juiz aplique o regime inicialmente fechado. In: CARPES, Bruno Amorim. O mito do encarceramento em massa. 1ª ed. Londrina/PR. Ed. E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2021. p. 37.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
https://doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2016.v2i1.3593
- ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalid y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, in Sistemas Procesales comparados. Edmundo S. Hengler (org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- ARENDT, Hannah. Eichmman em Jerusalém; tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco: tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora UnB, 1985. p. 11,6,1106 b 39-42.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.
- BARBOSA, Rui. Oração aos Moços, edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A Participação da Vítima no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen, 2008. <https://doi.org/10.21207/1983.4225.37>.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quatier Latin. 2014
- BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: De BEM, Leonardo Schmitt; e MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral volume 1 [livro eletrônico]. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral volume 1, 2020.
- BOONEN, Petronella Maria. Diálogos entre subjetividades. Revista Jurídica ESMP-SP, V. 6, 2014.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7.006/2006. Autor Comissão de Legislação Participativa. Apensado ao PL 8045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016 do CNJ. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 300, de 29 de novembro de 2019. Altera a Resolução CNJ n. 225/2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original143216202001105e188af04a5d1.pdf>. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 07 de agosto de 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: 17/01/2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Código Penal, para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal (Pacote Anticrime). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 7.643, de 18 de dezembro de 1987. Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17643.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 17/01/2022.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt; e MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Estado de Direito e Legitimidade. Uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. AcP, B. 184. Tübingen: Mohr, 1984.
- CARLEN, Pat. (Org.). Criminologias alternativas. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. Justiça Restaurativa: Posible Respuesta para el Delito Cometido por Personas Menores de Edad. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Buenos Aires:EJEA,1950, v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. Poner en su Puesto al Ministerio Publico. In: Cuestiones sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro, 1960.
- CARPES, Bruno Amorim. O mito do encarceramento em massa. 1ª ed. Londrina/PR. Ed. E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.
- CARRINGTON, Kerry. Criminologias Feministas. In: CARLEN, Pat. (Org.). Criminologias alternativas. Porto Alegre : Canal Ciências Criminais, 2017.
- CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.
- CARVALHO. Salo. Penas e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; CARVALHO, Felipe Fernandes de. As Propostas de Ampliação de Mecanismos Consensuais de Resolução de Litígios Penais, 2019.
- CHRISTIE, Nils. Conflict as Property. The British Journal of Criminology. Vol. 17. n. 1. Jan. 1977. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783>.
- CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política. Tradução: Theo Santiago. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

- DAMASKA, Mirjan R. Aspectos Globales de la Reforma del Processo Penal. In Reformas a la Justicia Penal de las Americas. Washington: Fundacion para el Debido Processo legal. 1999.
- DAMASKA, Mirjan R. Aspectos Globales de la Reforma del Processo Penal. In Reformas a la Justicia Penal de las Americas. Washington: Fundacion para el Debido Processo legal. 1999.
- DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Procesos Penales de Europa APUD PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 32. ed., rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2020.
- DINIZ, Eduardo Saad. Inimigo e pessoa no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2012.
- FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Lisboa: Almedina, 2001.
- FEURBACH, Paul Anselm von. Tratado de Derecho penal común vigente em Alemania, 1989.
- FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- FONTELES, Samuel Sales. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2022.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aidê, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 175-204.
- GUASTINI, Ricardo. In CARBONELL, Miguel (cord.). Para Leer a Luigi Ferrajoli. Ciudad de México: Tirant lo blanch, 2017.
- HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho Penal, Valencia: Tirant-lo-blanc, 1989.
- HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho Penal, Valencia: Tirant-lo-blanc, 1989.

- HASSEMER, Winfried. La ciência jurídico penal em la república federal alemana. Trad. Hernán Hormanazabal Malarée. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. t. XLVI, f. I. Madrid: ene./abr. 1993. p. 35-80.
- JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 2ª ed. RJ: Forense, 1994.
- LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. Annu. Rev. Criminal. <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>.
- LEAL, César Barros. Justiça restaurativa amanhecer de uma era: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores, Curitiba: Juruá, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JR. Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo (Org.). Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.
- LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: Introdução crítica ao processo penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- LYRA FILHO, Roberto. Por que Estudar Direito, Hoje? In: O direito achado na rua. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1990.
- MAIER, Júlio B. J.. El derecho Penal hoy: homenaje al profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.
- MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral. 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- MENDONÇA. Andrey Borges; CAMARGO, Fernão Pompêo; e RONCADA, Kátia Hermínia Martins Lazarano. Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa: Mais um passo no caminho da transformação social. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020.

- MORAN, Katie. Restorative Justice: a Look at Victim Offender Mediation Programs.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: De BEM, Leonardo Schmitt; e MARTINELLI, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- NEVES, Sofia e FÁVERO, Marisalva. A Vitimologia e os seus percursos históricos, teóricos e epistemológicos. In: Vitimologia, ciência e ativismo. Coimbra: Almedina, 2010.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. A Vítima e o 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.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: da teoria à prática. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PERULERO GARCÍA, Diana. Mecanismos de viabilidad para la mediación em el processo penal. In Soteldo Munoz, Helena. Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ambitos. Ed. Tecnos. España, 2011.
- PRADO, Luís Régis. Curso de Direito Penal brasileiro – Parte Geral. São Paulo: RT, 1999.
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba, Daniel R. Pastor e julio B.J. Maier. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2000.
- ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SALM. João. LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. Seqüência, n. 64, UFSC. p. 195-226, jul. 2012.
<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>.
- SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madri: Tecnos, 2002.

- SCHUNEMANN, Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, p. 288 e ss.. No mesmo sentido, referindo-se especificamente ao fenômeno aqui em análise, são as palavras de JUNG, Eur. J. Crime, Crim. L & Crim. Just., 1997.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SOUZA, Leonardo Giardin de. e PESSI, Diego. Bandidolatria e Democídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil. 3. ed. - Porto Alegre: SV Editora, 2018.
- SOUZA, Renne Ô. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In. CUNHA, Rogério Sanches (Org.). Acordo de não persecução penal. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- STRECK, Lênio. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SUTHERLAND, E. H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 93–103, 2014.
- SUXBERGER. Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In. CUNHA, Rogério Sanches (Org.). Acordo de não persecução penal. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- TIVERON, Raquel. Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília, DF: Trampolim, 2017.
- TOURINHO FILHO, Fenando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WALKER, Samuel. Taming the System – The Control of Discretion in Criminal Justice, 1950-1990. p. 87 APUD ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal; tradução Vânia Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Inimigo do direito penal. Coleção Pensamento Criminológico, nº 14. Coedição: Instituto Carioca de Criminologia Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa; tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça; tradução de Tônia Van Acker. -- São Paulo: Palas Athena, 2008.