PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Celeste Leite dos Santos

Injusto penal restaurável: análise da ingerência penal na perspectiva da proteção às vítimas de crimes

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

SÃO PAULO
2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Celeste Leite dos Santos

Injusto penal restaurável: análise da ingerência penal na perspectiva da proteção às vítimas de crimes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Titular Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

SÃO PAULO

2019

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Para minha mãe Maria Celeste, meu filho Pedro Gomes e meu companheiro Pedro Elias.

Agradeço à Fundação São Paulo, pelo estímulo à pesquisa acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Mais de uma década havia se passado, desde a minha aprovação no concurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, quando decidi retornar a esta casa.

Fui prontamente recebida pelo Professor Titular Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques, pessoa a quem nutro a mais alta admiração, desde os bancos acadêmicos. O seu contato próximo, acessível e ao mesmo tempo instigador, foi decisivo para o desenvolvimento do tema apresentado. Gratidão seria uma palavra que não conseguiria expressar na totalidade o que representou nesta etapa da vida o retorno às reflexões acadêmicas, bem como para a elaboração e desenvolvimento do Projeto AVARC.

Durante o curso de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tive a honra de participar das aulas dos professores Oswaldo Henrique Duek Marques, Antonio Carlos da Ponte, Claudio Langroiva Pereira e Guilherme de Souza Nucci, cujos ensinamentos foram essenciais para o desenvolvimento desta dissertação.

Agradeço ainda aos professores Claudia Elisabete Schwerz e Roberto Ferreira Archanjo da Silva, cujos fundamentos serviram para aprimorar o presente trabalho.

RESUMO

SANTOS, Celeste Leite dos. *Injusto penal restaurável*: análise da ingerência penal na perspectiva da proteção às vítimas de crimes. 2019. 314 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O objetivo desta dissertação é propor o conceito de injusto penal restaurável, integrando o instituto da restauração à ciência penal. Analisa a ingerência penal estatal de forma sistemática, que abranja a análise integrada da norma penal, processual penal e de execução penal. A perspectiva de proteção à vitima de crimes visa a analisar o fenômeno criminógeno em sua completude, ou seja, superando o modelo binário estabelecido da relação Estado/ofensor. Sem descuidar do caráter subsidiário do direito penal, a incorporação do injusto penal restaurável visa a atender ainda à necessidade de adoção da perspectiva da vítima na teoria do delito, cujo eixo de atenção hoje se concentra apenas na figura do delinquente. Mister se faz agregar aos estudos delinquenciais políticas públicas preventivas, relativas ao fenômeno da vitimização, ante a evidente conexão entre eles. Os sentimentos inerentes à vitimização, que são impingidos hoje a determinada vítima direta, indireta ou coletiva (*acting in*), podem dar azo à assunção pela vítima do papel de agressor (*acting out*), o que gera ciclos intermináveis de violência em nossa sociedade. Todos nós somos ao mesmo tempo vítimas e agressores. A ruptura desse modelo viciado constitui um dos maiores desafios à pacificação social neste século. A categoria injusto penal restaurável permite entender o crime como ofensa a bem jurídico tutelado, que acarreta traumas, violência e conflitos sociais. *Ad argumentandum*, a perpetuação da violência na sociedade abrange a resposta penal nem sempre adequada ao autor da infração penal, mas também no trato da figura da vítima. Em termos vitimológicos, o ciclo da violência envolve duas partes, autor e vítima, razão pela qual propõe o tratamento integrado do "casal criminal". A nossa Constituição traz valores explícitos e implícitos que permitem concluir que, ao lado das garantias individuais inerentes à liberdade dos indivíduos frente ao Estado (*v.g.* direito ao devido processo penal), e das diretrizes de incriminação de condutas que dificultem ou impeçam a igualdade material dos cidadãos (*v.g.* mandados de criminalização de quaisquer formas de discriminação em razão do sexo, etc.), temos os deveres de solidariedade (*v.g.* sociedade livre, justa e *solidária*).

Palavras-chaves: Injusto penal restaurável; Vítima; Vitimologia; Práticas restaurativas; Justiça restaurativa; Ingerência penal; Projeto AVARC.

ABSTRACT

SANTOS, Celeste Leite dos. *Restorable criminal offense*: analysis of criminal interference from the perspective of the crime victims protection. 2019. 314 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

The goal of this dissertation is to propose the concept of restorable unfair criminal, integrating the institute of Restoration with the criminal science. This dissertation systemically analyses the criminal interference made by the State, covering the full analysis of the criminal, criminal procedure and criminal enforcement law. The perspective of protection to the victim of crimes aims to analyze the criminogenic phenomenon in its entirety, in other words, surpassing the established binary model established in the State / Offender relationship. Without neglecting the subsidiary nature of criminal law, the incorporation of the restorative criminal injustice aims to address the need for adoption of the perspective of the victim in the theory of crime, in which the attention is fully focused on the aggressor. It is of paramount importance to aggregate preventive public policies related to the phenomenon of victimization to the delinquency studies, given the evident connection between them. The feelings inherent to the victimization, which are today foisted to certain direct, indirect or collective victim (acting in), may give rise to the victim's assumption of the role of aggressor (acting out), which generates endless cycles of violence in our society. We are all both victims and aggressors at the same time. Breaking this addicted model is one of the greatest challenges to social pacification in this century. The unjust restorable criminal category allows us to understand crime as an offense to the protected legal property, which causes trauma, violence and social conflicts. *Ad argumentandum*, the perpetuation of violence in the society encompasses the criminal response that are not always appropriate to the aggressor neither for the victim. In victimological terms, the cycle of violence involves two parties, aggressor and victim, which is why it proposes the integrated treatment of the "criminal couple". Our Constitution contains explicit and implicit values that allow us to conclude that, along with the individual guarantees inherent to the freedom of the individuals before the State (eg right to the due criminal procedure), and the guidelines of criminalization of conducts that hinder or prevent the material equality of citizens (eg warrants of criminalization of any form of discrimination on grounds of sex, etc.), we have the duties of solidarity (eg free, fair and solidary society).

Keywords: Restorable criminal injustice; Victim; Victimology; Restorative practices; Restorative justice; Criminal interference; AVARC Project.

Não pretendemos que as coisas mudem, se sempre fazemos o mesmo. A crise é a melhor benção que pode ocorrer com as pessoas e países, porque a crise traz progressos. A criatividade nasce da angústia, como o dia nasce da noite escura. É na crise que nascem as invenções, os descobrimentos e as grandes estratégias. Quem supera a crise, supera a si mesmo sem ficar "superado". Quem atribui à crise seus fracassos e penúrias, violenta seu próprio talento e respeita mais os problemas do que as soluções. A verdadeira crise é a crise da incompetência... Sem crise não há desafios; sem desafios, a vida é uma rotina, uma lenta agonia. Sem crise não há mérito. É na crise que se aflora o melhor de cada um...

Albert Einstein

(*Como eu vejo o mundo*, 1935)

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Ciclo da violência.....49
Figura 2 – Tipos de trauma.....139
Figura 3 – A crise da vitimização.....140
Figura 4 – Injusto penal restaurável e Projeto AVARC.....179
Figura 5 – Quebrando ciclos de violência.....212
Figura 6 – Conscientização do trauma e restauração dos efeitos causados pela prática delitiva.....213
Figura 7 – Atendimentos na fase pré-processual.....216
Figura 8 – Âmbito de intervenção do Projeto AVARC.....216
Figura 9 – Atendimentos na fase processual.....217
Figura 10 – Atendimentos de vítimas por promotor.....218
Figura 11 − Atendimentos de vítimas por mês.....218
Figura 12 − Atendimentos judiciais por crime.....219

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 23

CAPÍTULO I – INGERÊNCIA PENAL 37

1.1 Ingerência penal: definição e delimitação 37

1.2 Ingerência penal e teoria do delito 46

1.3 Sociedade de risco, de redes ou de informação 49

1.4 Direito penal mínimo 53

1.5 Política criminal 55

1.6 Limites à ingerência penal 64

1.7 Os omissivos impróprios como fonte de ingerência penal 71

1.7.1 Posicionamentos sobre o crime omissivo 73

1.7.2 Nexo de causalidade 74

1.7.3 Teoria da imputação objetiva 77

1.7.4 Imputação subjetiva 85

1.8 Custos e benefícios da ingerência penal, na perspectiva da vitimização 86

1.9 Novo enfoque do direito penal, à luz das respostas penais aos delitos praticados 87

1.9.1 Dimensão científica 92

1.9.2 Dimensão política 93

1.9.3 Dimensão jurídica 94

CAPÍTULO 2 – AS VÍTIMAS DE CRIMES E A JUSTIÇA RESTAURADORA 97

2.1 A ingerência penal a partir da perspectiva da vítima 97

2.2 Análise crítica das respostas penais 100

2.2.1 A perspectiva retributiva 101

2.2.2 A perspectiva preventiva 106

2.2.3 A perspectiva reparadora 108

2.2.4 A perspectiva restaurativa 113
2.3 Âmbitos de aplicação da vitimologia 129
2.3.1 Objeções à vitimologia 133
2.3.2 Ciclo de vitimização 136
2.3.3 Perfil das vítimas 143
2.4 Macrovitimização e normas de prevenção e controle 148
2.5 Vítimas sociais derivadas da crise de estado 149
2.6 Sistema de proteção às vítimas de crimes 152
2.7 Sistema de assistência social e saúde das vítimas de crimes 155
2.8 Sistema de defesa das vítimas de crimes 157
2.8.1 Impacto das sanções formais 159
2.8.2 Impacto das sanções informais 160

CAPÍTULO 3 − CONSEQUÊNCIAS PENAIS E EXTRAPENAIS DAS PRÁTICAS RESTAURADORAS 163
3.1 Justiça restaurativa 163
3.2 O papel das neurociências na reinserção social de vítimas e ofensores 171
3.3 Risco vitimizatório *v.* risco delinquencial 176
3.4 Modelos restaurativos 180
3.4.1 *Family group conferences* (FGC) 180
3.4.2 A *conferencing* e a violência de gênero 183
3.4.3 *Circle processes* 187
3.4.5 *Victim offender conferencing* (VOC) 191
3.5 Análise crítica das práticas restaurativas 192
3.6 Integração das respostas repressivas e preventivas às perspectivas reparadoras e restauradoras 197
3.8 A mediação penal e a atuação do *Parquet* 201

3.8.1 Delimitação da questão 201
3.8.1.1 Características da mediação penal 204
3.8.1.2 Vantagens e desvantagens da mediação 206
3.9 O Projeto AVARC: acolhimento de vítimas, análise e resolução de conflitos 207
3.9.1 Medidas de acolhimento 209
3.9.2 Reparação do dano 217
3.9.3 Medidas de proteção 220
3.9.4 Medidas de participação e de informação 220
3.9.5 Controle externo da atividade policial 221
3.9.6 Considerações finais 221

CONCLUSÕES 223

REFERÊNCIAS 227

APÊNDICES 239
Apêndice 1 – Cartilha AVARC 241
Apêndice 2 − Projeto de Lei AVARC 274

ANEXOS 283
Anexo 1 − Resolução 40/34 da ONU 285
Anexo 2 − Resolução n. 60/147 da ONU 289
Anexo 3 − Resolução n. 225/2016 do CNJ 300
Anexo 4 − Resolução n. 253/2018 do CNJ 312

INTRODUÇÃO

Vivenciamos momento histórico em que há uma tendência à privatização de todas as searas da vida: econômica, cultural, política, social e, como não poderia ser diferente, da vida jurídica. Tal tendência coloca em xeque a legitimidade do exercício do poder punitivo pelo Estado como órgão capaz de garantir o direito fundamental à segurança dos cidadãos[1], bem como legítimo detentor do uso da força. A intervenção estatal na vida dos cidadãos é paradoxalmente cada vez mais tênue, uma vez que há o sentimento crescente de que nosso ordenamento jurídico é composto por normas desprovidas de sanção, ante a força expansiva do direito penal, com proliferação de condutas com caráter meramente simbólico.

A ingerência penal é entendida como parcela da soberania estatal destinada a promover a tutela de bens jurídicos por meio da intervenção ativa na sociedade. Tal intervenção estatal pode ser realizada de diversas maneiras, inexistindo obrigatoriedade de que se faça por meio do processo penal, uma vez que há na nossa Constituição Federal (CF) predominância da autocomposição pacífica de conflitos, em prioridade ao sistema litigioso de solução de conflitos. Ainda que sua menção se relacione primordialmente às relações internacionais da República Federativa do Brasil, por simetria e coerência, tal princípio deve reger as relações jurídicas estatais internas (art. 4°, VI, da CF).

O paradigma filosófico-político do contrato social que predomina desde o Iluminismo vive *crise de legitimação*. Isso porque as teorias contratuais clássicas visam a justificar racionalmente a existência do Estado e legitimar o poder político estabelecido, havendo verdadeira crise no paradigma da existência de um poder central como forma de resolução de conflitos entre os indivíduos pertencentes a uma comunidade mundial. Para Kant o contrato social é um ideal da razão que deve servir para *justificação racional do Estado* e para estabelecer uma realidade que consiste em obrigar cada legislador a fazer leis como se o conteúdo destas precisasse derivar de uma vontade comum de todo um povo, de modo a

[1] O direito fundamental à segurança pública, previsto no artigo 6º da CF de 1988, é definido no seu artigo 144 como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Por se tratar de direito de natureza coletiva, fundamenta a ingerência penal do Estado na sua garantia, sem prejuízo de permitir a participação de todos, em regime de colaboração com o Estado.

considerar a possibilidade de cada cidadão, de acordo com o dever ético de conformar sua vontade individual a uma lei de moralidade, a elas dar o seu consentimento.[2]

A vinculação entre o contrato social e o modelo de Estado visa a garantir a autonomia individual dos cidadãos. Os cidadãos somente devem obedecer a leis que derivem de si mesmos, ou seja, reflitam o consentimento racional externado no ato pactual e na vontade coletiva identificada pela razão. Portanto, o direito é forma coercitiva que deve possibilitar a coexistência do arbítrio dos indivíduos, ou melhor, o conjunto de preceitos que, mediante a imposição de limites às liberdades, deve permitir a adequação de esferas iguais de autonomia individual e, consequentemente, propiciar a respeitabilidade mútua dos cidadãos e a manutenção da associação.

Nas sociedades em que há o primado da Constituição, inexistem verdadeiros abusos ou excessos de poder do Estado, tais quais eram concebidos no passado, por se tratar de fenômeno próprio de regimes totalitários.[3]

Nessa perspectiva diz-se que o modelo de Estado adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil não refuta os postulados próprios do liberalismo, tampouco abraça em sua integralidade o denominado Estado Social (*Welfare State*)[4], mas resulta da integração de ambos os modelos.

---

[2] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 97, 101-103 e 109.

[3] A esse respeito, Duek Marques, ao alertar para a necessidade de uma compreensão humana global do comportamento dos nazistas e suas vítimas na contemporaneidade, aponta a desumanização destacada por Hannah Arendt como fenômeno imanente a qualquer regime totalitário. Anota que "na visão de Marcuse (1978), os defensores do nacional-socialismo alimentam a ideia segundo a qual os indivíduos estão totalmente submissos à comunidade, constituída pela unidade do solo e do sangue. Essa comunidade não está subordinada a quaisquer regras ou valores. Nessa ótica, o Estado racional e liberal moderno, protetor de cada indivíduo e governado por leis universais, é incompatível com a ideologia do nacional-socialismo, cujo sacrifício incondicional de cada indivíduo é justificado pelos interesses da comunidade. Para Marcuse (1999), tal ideário postula a abolição de qualquer separação entre a sociedade e o Estado, transferindo seu poder sobre as massas para grupo social dominante, representado pelo próprio Partido Nacional-Socialista. Nesse sentido, Rosemberg, considerado um dos principais teóricos dessa ideologia sustentou em seu livro *O mito do século XX* (1943) que a supremacia do povo (*Volkheit*), representada pelo nacional-socialismo, é mais alta do que a chamada *autoridade do Estado*". E prossegue: "De acordo com Adorno, o nazismo como regime totalitário representava poder absoluto, sem quaisquer limites a sua brutal arbitrariedade, diante do que seus seguidores se tornavam mero objeto de medidas administrativas e deviam aprender a seguir ordens sem questionamento" (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 13-30).

[4] Nesse sentido: "Desse modo, hoje, não é mais possível catalogar um Estado como 'liberal' ou 'de bem-estar social', de forma binária. *A escala é gradual: há países menos liberais e, portanto, mais voltados à categoria de bem-estar social, e vice-versa*. Uma das maneiras mais utilizadas para que se determine a posição de cada país nessa escala é avaliando as suas 'despesas de bem-estar social' (gastos relativos ao PIB com as áreas de

A legitimação do Estado no século XXI enfrenta novos desafios. A ausência de fronteiras territoriais para a criminalidade torna rotineiras as invasões da esfera privada dos indivíduos, com cenas de violência em proporções nunca antes vistas: ataques terroristas em todo o mundo, declarações xenofóbicas e discriminatórias que incitam o ódio e a violência, que partem dos próprios líderes dos países, novas formas de crimes contra a dignidade sexual, tais como o estupro virtual, corretivo e coletivo, massacres em escolas, aumento no número de suicídios etc.

As decisões judiciais veiculadas em tempo real não conferem com o papel que lhes foi atribuído de garantir segurança jurídica. O que no passado era tratado como direitos de minorias, tais como mulheres e negros, hoje na realidade reflete, pelo menos no Brasil, os de mais de cinquenta por cento da população brasileira[5]. O mais correto seria denominá-las de minorias sociais, tendo em vista que, a despeito da igualdade de tratamento alcançada, iguais oportunidades e participação equilibrada ainda estão pendentes de efetiva implementação, para que se possa alcançar uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária.

Tais reflexões nos permitem concluir que não há consenso e unidade de pensamento único na sociedade moderna, sendo mais correto se falar na existência de modernidades múltiplas[6]. Inexistindo consenso mínimo sobre normas básicas de convivência em um mundo de redes, corre-se o risco de desmoronamento da estrutura social e do Estado.

Os tradicionais corpos intermediários entre o Estado e a sociedade não possuem o poder de persuasão que possuíam no passado. A família, independentemente de sua origem, não é mais o ponto de referência dos indivíduos; as escolas, desestruturadas e sem implantação mínima de suas diretrizes não permitem o pleno desenvolvimento do indivíduo; as religiões não desempenham mais o papel de outrora, de diferenciar entre o "certo" e o

---

bem-estar social). Alguns países de alto IDH possuem altas despesas sociais, como Suécia, Dinamarca e Alemanha, assim como há países de alto IDH que gastam pouco nessas áreas, a exemplo de Coreia do Sul, Irlanda e Nova Zelândia. Dessa forma, *não é possível afirmar que um modelo funcione melhor do que o outro*: há diversos outros fatores que podem ser determinantes na qualidade de vida de um país." (NAGAMINE, Lucas Civile. *Estado de bem-estar social e Estado liberal*: qual a diferença? Disponível em: http://www.politize.com.br/estado-de-bem-estar-social-e-estado-liberal-diferenca/. Acesso em: 11 set. 2018).

[5] A esse respeito, o Projeto de Lei Estadual n. 130/2016, de igualdade plena de homens e mulheres, já aprovado em todas as comissões da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; e o Projeto de Lei n. 2.235/2019 do Senado Federal. Disponíveis em: https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1306813; https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136302. Acesso em: 22 set. 2019.

[6] TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petropólis: Vozes, 1994.

“errado”, o “bem” e o “mal”. Discursos com fundo moral e que buscam resgatar esse papel ficaram perdidos no passado, sendo substituídos pela ética.

Dentro dessa perspectiva, o número de vítimas se multiplica em caráter exponencial, sem que se tenha algum controle social sobre a prática de crimes. Isso porque toda a engrenagem estatal se perdeu em burocracia que atenta contra a eficiência de seus servidores, ao mesmo tempo que o crime cada vez mais se especializa.

O resultado da ingerência penal do Estado é a estigmatização de vítimas e ofensores. As vítimas não são ressarcidas, não existe preocupação com a restauração dos elementos intangíveis do injusto penal, assim como não há a reinserção social do ofensor. Há sensação crescente de pânico na sociedade, ante a inexistência de aplicação das sanções penais estabelecidas pelo legislador, não sendo sequer cabível postular seu caráter simbólico, pois o sentimento de impunidade é pacífico entre todos.

Tais constatações nos remetem ao desafio de repensar o sistema penal no século XXI, pois o Estado falhou na sua missão de atribuir segurança aos seus cidadãos, sendo necessária a criação de opções às formas tradicionais de acesso à justiça penal.

Partindo dessa premissa, se insere o injusto penal restaurável como categoria afeta à teoria do crime, que guarda correlação com o sistema penal acusatório estabelecido pela Constituição, porém não se limita a ele. A análise das funções institucionais do Ministério Público nos permite inferir que a inserção do instituto da restauração em nosso ordenamento jurídico vem ao encontro da proteção às vítimas, ofensores e comunidade atingida pela prática do crime.[7]

O papel preventivo do direito penal deve ser perquerido, não apenas na perspectiva da prevenção à delinquência, mas também de prevenção à vitimização. Os fenômenos da vitimização e da delinquência se interrelacionam, permitindo a adoção de estratégia conjunta de redução da escalada da violência em nossa sociedade. O sistema penal constitui instrumento de resolução de conflitos por meio da sanção penal.

[7] Utilizar-se-ão, no curso deste trabalho, as expressões ofensor e vitimário, de forma indistinta. Entende-se por vitimário aquele que causa a vitimização.

A pena possui dimensão dúplice − preventivo geral e preventivo especial da criminalidade −, com o escopo de conferir a proteção de bens jurídicos necessários à convivência em sociedade. Tamarit Sumalla destaca que o *papel preventivo* do sistema penal deve ser analisado sob dois aspectos: o primeiro se refere à própria prática de delitos, e o segundo desestimula a satisfação de sentimentos de vingança e a resposta punitiva espontânea, "com o que põe freio na escalada de vitimização que deriva da autotutela ou anarquia punitiva".[8]

A prevenção em sentido vitimológico vai muito além da prevenção através do sistema penal, pois abrange não só os meios de autoproteção de pessoas ou coletivos de risco, mas a própria implementação de políticas públicas (programas de redução de risco, aspectos de saúde pública e assistência social relacionados à forma como a persecução penal é realizada).

A ingerência penal, sob a ótica da proteção às vítimas, demanda a efetivação de estratégias de rompimento do ciclo vitimizatório. Tal premissa requer o reconhecimento da necessidade de autorresponsabilização dos ofensores, a reparação das vítimas de crimes e a restauração dos aspectos intangíveis do delito.

Para que o direito penal mantenha sua integridade sistêmica, se faz necessário ainda que o próprio conceito de injusto penal, elemento central da teoria do delito, passe a compreender os aspectos atinentes ao *fato jurídico restaurável*. Tal constatação perpassa pela análise do *conceito de trauma*, compreendido em seus aspectos individual, coletivo, cultural, histórico e estrutural.

Desse modo, a presente dissertação se propõe inserir o conceito de injusto penal restaurável na teoria do crime, a partir do papel do Estado na proteção às vítimas de crimes. Parafraseando Silva Sánchez, vivemos na sociedade do medo ou da 'insegurança sentida". Em que pese a existência do risco tecnológico, é a própria complexidade social, desacompanhada de critérios de decisão e confiabilidade, que constitui fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e segurança.[9]

---

[8] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria. La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas. *In*: BACA BALDONERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 36. Nossa tradução.

[9] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011. p. 20. Nossa tradução.

O tema sobre a qual se debruçará − injusto restaurável: análise da ingerência penal na perspectiva da proteção das vítimas de crimes − tem como problemática delimitar a extensão do direito de punir do Estado em uma sociedade plural, e até que ponto o expansionismo penal baseado em reprimendas penais simbólicas vai de encontro aos interesses das vítimas, uma vez que tal política criminal adotada pelo legislador penal não contribui para a diminuição do risco à vitimização. Isso porque o direito penal estigmatiza não apenas os autores das práticas de infrações penais, mas também as vítimas, por meio de ciclos sucessivos que se retroalimentam. As Escolas Penais sempre se dedicaram ao estudo do delinquente e como combater a prática da criminalidade. As vítimas e a comunidade atingidas sempre foram desconsideradas. A cegueira parcial gerada pelo foco exclusivo em um dos atores do fenômeno delitivo será equilibrada com o deslocamento do pêndulo, para colocar luzes no seu sujeito passivo: a vítima. As necessidades de proteção, defesa, saúde e assistência social adequadas exigirão a utilização de enfoque multidisciplinar. Para tanto, serão utilizados subsídios de ciências afins ao direito penal, tais como as contribuições da vitimologia e postulados da justiça restaurativa e ciências afins.

É fato notório que a vitimização é fenômeno criminal cotidiano que afeta a vida dos brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros que estejam em caráter provisório ou permanente em território nacional, o que ocasiona inclusive a subnotificação de delitos (cifras ocultas), colocando em xeque toda a vida em comunidade. As hipóteses de participação ativa da vítima no processo penal obedecem a regulamentação rígida de conhecimento nem sempre acessível à maioria da população (*v.g.* decadência, representação, prescrição etc.). Nos casos de vítimas vulneráveis, tais como idosos, crianças, vítimas de crimes sexuais e crimes praticados em contextos religiosos, o *tempo da vítima* não é o mesmo do *tempo do delito*[10], de forma que a adoção de prazos artificiais desvinculados da realidade empírica colabora para que a impunidade perpetue o ciclo de violência em nossa sociedade.

De outro lado, parte-se da constatação de que o acesso à justiça não se dá apenas pela via judicial e seu caráter eminentemente repressivo, mas também fornecendo outros meios

[10] O *tempo da vítima* corresponde à análise dos *valores* verdade, misericórdia, justiça e paz após a prática de uma infração penal. O caminho a ser percorrido na análise desses valores é diferente de indivíduo para indivíduo e não se submete a etapas rígidas ou peremptórias. Por sua vez, utiliza-se a expressão *tempo do delito* visando a significar o marco temporal a que o Estado se submete para processar e julgar o autor de uma infração penal. Nos delitos em que são colocados obstáculos à persecução penal vinculados à conduta ativa das vítimas, tais como os prazos decadenciais, há manifesta inconstitucionalidade material por violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, consignado no artigo 1°, III, da CF.

que permitam o atendimento às finalidades restaurativas, reparadoras, preventivas gerais e específicas das sanções penais. O artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que a sentença penal condenatória deve estabelecer o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos causados ao ofendido, sendo necessário que se proceda à mensuração dos danos materiais, psicológicos e sociais causados pelo autor da infração penal. Nada indica que tal reparação estimada deva se limitar aos danos materiais causados *(ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus). Mutatis mutantis*, tal constatação não implica o reconhecimento de sua total identidade com os postulados próprios da responsabilidade civil.

A vítima exerce papel secundário no nosso ordenamento jurídico, em especial no âmbito processual, razão pela qual há a necessidade de retomar o protagonismo na narrativa de sua história pessoal, indicando a melhor forma de reparar o dano sofrido. Com essa afirmação, não se está a indicar o retorno à noção de crime enquanto ofensa a direito subjetivo e, por conseguinte, à desnecessidade do próprio direito penal, mas à necessidade de integração na perspectiva da vítima da restauração dos efeitos causados pela prática do injusto penal.

Desse modo, se faz necessária a análise das causas que implicam "revitimização", pois no sistema atual carecem de tratamento institucional sistematizado e estimulam a subnotificação de fatos criminosos às autoridades policiais e ao Ministério Público (dando origem às cifras ocultas). A sistemática atual de acolhimento das vítimas de crimes viola a dignidade da pessoa humana, supraprincípio que informa e condiciona todos os demais princípios previstos na CF, permitindo a vida em sociedade.[11]

O desenvolvimento de políticas criminais efetivas pelos órgãos responsáveis pela persecução penal perpassa pelos problemas de implementação de prática de oitiva especializada de vítimas, avaliação, decisão e acompanhamento. Tal visão implica a análise abrangente da perspectiva vitimológica, trabalho em rede intersetorial, elaboração de base de

[11] A esse respeito: "O reconhecimento e proteção da *dignidade da pessoa humana* apresentam-se como uma conquista da razão ético-jurídica, como forma de reação às violências perpetradas contra o ser humano ao longo da história. A dignidade é inerente à essência da pessoa, tida como condição irrenunciável e inalienável, e o seu conteúdo relaciona-se às manifestações da personalidade do ser humano, isto é, valor próprio que identifica o ser humano como tal e protege de condutas indignas e de ser rebaixado à condição de simples objeto, tratando-se de paradigma referencial e ético. [...] a sua previsão como o primeiro e maior dos princípios do ser humano impõe limitação da esfera de intervenção do Estado, inclusive no âmbito do poder punitivo." (SANTORO, Luciano de Freitas. *Justiça penal*: princípios, história e finalidade da pena. [São Paulo: s. n.], 2019. p. 1-5).

dados, implementação de práticas restaurativas por todos os agentes públicos de forma obrigatória e por toda a sociedade, de forma voluntária, desde a data do evento delitivo.

Na perspectiva da vítima, para a análise das consequências do crime são acolhidos os preceitos estabelecidos na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1985:

> 14. as vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones;
> 15. as vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, e devem ter fácil acesso aos mesmos;
> 16. o pessoal dos serviços de polícia, de Justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados, deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam uma ajuda pronta e adequada às vítimas;
> 17. Ao prover serviços e assistência às vítimas, deve-se estar atento àquelas que tenham necessidades especiais por causa da natureza do dano causado, ou por fatores como os mencionados no parágrafo 3º acima.[12]

Embora de forma tímida, o artigo 201 do CPP estabelece as bases da proteção da vítima no ordenamento pátrio, recepcionando o diploma legal *ut supra*, razão pela qual o estabelecimento de política intersetorial de atuação é direito fundamental das vítimas de crimes. Nesse sentido se insere o *dever de informação* à vítima pelos órgãos responsáveis pela persecução penal e pelo Poder Judiciário de atos processuais que afetem sua esfera pessoal[13], direito de *atendimento multidisciplinar* às expensas do Estado ou do ofensor, preservação da vida privada, intimidade, honra e imagem.

No presente estudo não se adotará a primeira geração da vitimologia, vinculada à existência de uma tipologia de vítimas[14], mas sua segunda geração, voltada à análise do seu grau de vulnerabilidade, consoante as "Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas

[12] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. p. 277. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

[13] Tais como ingresso e saída do ofensor da prisão, data da audiência e decisões proferidas em primeiro e segundo grau, respeito a sua vida privada, direito de opção de recebimento de comunicação por meio eletrônico dos atos processuais.

[14] Como, por exemplo, a tipologia da vítima nata, vítima inocente, vítima falsa etc.

em condições de vulnerabilidade"[15], aprovadas na XIV Conferência Judicial Ibero-americana de 2008:

> Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.
> Poderão constituir *causas de vulnerabilidade*, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, o pertencimento a comunidades indígenas ou a minorias, a *vitimização*, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. (grifamos)

Esse diploma, ao tratar do fenômeno da vitimização, estabelece que se considera *vítima* toda pessoa física que tenha sofrido um dano ocasionado por uma infração penal, incluídas lesões físicas ou psíquicas, como sofrimento moral e prejuízo econômico. O termo vítima também poderá incluir, se for o caso, a família imediata ou as pessoas que estão a cargo da vítima direta. Para os fins deste estudo, considerar-se-á vítima de um crime a pessoa jurídica, física ou seus familiares, no caso de ofensa a bens jurídicos individuais, bem como os grupos de pessoas que pertençam a determinada comunidade, no caso de ofensa a bem jurídico coletivo.

As Regras de Brasília esclarecem que:

> Considera-se *em condição de vulnerabilidade* aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os danos e prejuízos derivados da infração penal ou do seu contato com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infração penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intrafamiliar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores, assim como os familiares de vítimas de morte violenta.
> Estimular-se-á o uso daquelas medidas que sejam adequadas para mitigar os efeitos negativos do delito (vitimização primária).
> Assim procurar-se-á que o dano sofrido pela vítima do delito não seja incrementado como consequência do seu contato com o sistema de justiça (vitimização secundária). (grifamos)

Nessa linha de raciocínio, as práticas hoje denominadas de justiça restaurativa − conferência vítima/ofensor (VOC), auxílio na cura do trauma e formação da resiliência da vítima (STAR), mediação penal, círculos restaurativos, dentre outras − devem ser desenvolvidas em *espaço público protetor* de vítimas, ofensores e comunidade.

---

[15] Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf. Acesso em: 04 jul. 2019.

Na era das vítimas, entende-se que o Estado deve adotar políticas criminais preventivas do risco de vitimização, e não apenas do risco da delinquência. Para tanto, urge a criação de canais de diálogo com a sociedade, por meio da adoção de política estratégica de comunicação social interativa e intersetorial, que privilegie o acolhimento e a reparação das vítimas de crimes. Somente com a supressão dos efeitos deletérios da prática da infração penal e com uma política criminal preventiva da vitimização poder-se-á pensar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nessa perspectiva, a atuação preventiva em favor da vítima possui três níveis: primário, secundário e terciário. A primeira atua sobre a comunidade (*v.g.* melhoria das condições de segurança coletiva e bem-estar do entorno). A segunda deve ter seu campo de atuação nas vítimas potenciais, especialmente as que se encontrem em situação de risco ou de vulnerabilidade, adotando-se políticas que fomentem a autoproteção e a redução de riscos. A terceira consiste na intervenção nas vítimas reais, com o objetivo de evitar o risco de "revitimização".

Não há, portanto, identidade entre os postulados de maior proteção da vítima com a exigência de maior proteção penal, mas de delicada dialética do custo/benefício entre a prática da infração e a sua punição efetivamente aplicada[16], somada à análise do injusto penal, do ponto de vista de sua restauração (*restitutio in integrum*).

O trabalho a ser desenvolvido deverá responder à seguinte questão primordial: Qual a atuação estatal adequada para o restabelecimento ao estado anterior dos bens jurídicos violados pela prática de crimes?

Para responder a essa indagação, será proposta a incorporação ao sistema penal do instituto da restauração, a partir do conceito de injusto penal restaurável. Parte-se de concepção que integra os conceitos da vitimologia dogmática e crítica, pois nenhum dos modelos isoladamente permite que haja efetiva restauração dos efeitos causados pela prática do crime. Como resultado, teremos a construção de novo modelo de intervenção social, que permitirá que todos os atores intervenientes no fato delitivo sejam considerados, bem como

[16] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 35-36.

que a ingerência penal do Estado na vida dos cidadãos atinja seu objetivo primordial, que é a obtenção da paz social.

Ainda a título introdutório, a escolha do tema deste trabalho se fundamenta na necessidade de integração de visão sistêmica do direito penal, que permita a gestão integrada dos aspectos inerentes ao conceito de delito, punibilidade e aplicação da pena. Parte-se da constatação de que inexistem fronteiras territoriais para a prática delitiva, razão pela qual é questionada com frequência a eficiência do direito penal como resposta à prática de crimes.

Isso porque, apesar do complexo processo evolutivo de nossa civilização, ainda não se encontrou forma de punição mais efetiva que a pena privativa de liberdade, a despeito dos inúmeros estudos criminológicos que atestam a sua incapacidade de ressocialização. Tampouco a resposta estatal focada exclusivamente na sub-rogação pelo Estado do exercício da vingança privada ou divina[17] atende aos interesses das vítimas dos crimes, uma vez que seus efeitos se perpetuam no tempo, sem que seja dada atenção adequada aos seus desdobramentos. Nessa perspectiva, assiste razão aos romanos, pois, na lição de Nascimento Júnior: "A pena reparatória – ligada ao princípio da retribuição representa uma forma mais recente de sanção, dotada de uma maior vitalidade e de uma capacidade de adaptação às transformações do contexto, em uma sociedade que chega a um grau de civilização mais evoluído."[18]

Mais além da simples reparação econômica, a restauração do equilíbrio individual e coletivo por meio de técnicas de auxílio na cura, superação do trauma e restauração do desequilíbrio causado pelo injusto penal demandam reflexão em nossa sociedade. A análise da perspectiva da vítima, enquanto direito social fundamental, e sua implementação são urgentes, a fim de restituir ao Estado a legitimidade no exercício do monopólio do *jus puniendi*. Ao lado do *jus puniendi* estatal se insere o *officium sanitatem* das vítimas individuais e coletivas. Ou seja, devem ser agregados deveres prestacionais de proteção, assistência e informação adequada às vítimas de crimes. Para tanto, urge a codificação da matéria em um estatuto de proteção às vítimas de crimes, a fim de tornar efetivo o objetivo programático de nossa Constituição de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Tais predicados encontram

[17] Freitas Santoro esclarece: "[...] a vingança privada cede lugar à vingança divina e, posteriormente, à vingança pública." (SANTORO, Luciano de Freitas, *Justiça penal*: princípios, história e finalidade da pena, cit., p. 30).
[18] NASCIMENTO JÚNIOR, Jaime Meira do. *A integridade física e sua proteção jurídica no direito romano*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. v. 3, p. 28.

suas reminiscências históricas no paradigma da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. Os deveres de solidariedade recíprocos demandam urgente positivação em uma sociedade em que há predomínio do medo e da insegurança, retomando-se o pacto social antes estabelecido.

A partir das considerações supraefetuadas, o presente trabalho propõe uma revisão bibliográfica nacional e estrangeira, para identificar a melhor forma de proteção penal das vítimas de crimes, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III, da CF).[19]

Para responder à indagação principal desta dissertação, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será abordada a temática da ingerência penal, entendida como intervenção estatal na vida do cidadão para garantir a convivência pacífica em sociedade. Serão analisadas as seguintes questões: conceito; crise da teoria do delito; sociedade de redes, do risco ou da informação; direito penal mínimo; política criminal; limites da ingerência penal; ingerência penal na perspectiva dos bens jurídicos protegidos; ingerência penal na perspectiva das vítimas de crimes; análise científica, política, sociológica e jurídica do poder interventor do Estado na vida dos cidadãos. Tal abordagem visa a incorporar a dimensão restauradora ao injusto penal como estratégia de prevenção à vitimização e à prática de crimes. O monopólio do direito de punir pelo Estado se justifica pela proteção de bens e valores insculpidos constitucionalmente e na legislação respectiva. Tal dever prestacional não pode ser garantido em sede privada, dada a ausência de instrumentos coercitivos.

No segundo capítulo, será abordada a questão atinente à proteção às vítimas de crimes e à possibilidade de integração da lente restauradora no conceito de crime, entendido em sentido material como violação a bens jurídicos protegidos pelo legislador penal. Para tanto, serão abordados: ingerência penal a partir da perspectiva da vítima; âmbitos de aplicação da vitimologia; perfil das vítimas; macrovitimização e normas de prevenção e controle; vítimas

[19] Freitas Santoro preceitua: "A dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República Federativa do Brasil, é princípio cogente e obriga não apenas a que todo o ordenamento jurídico a respeite, independentemente da norma, sob pena de manifesta inconstitucionalidade, mas também será entendida como denominador comum de todas as garantias e direitos fundamentais, apresentando pois dupla função: limitadora e prestacional. A primeira exige do Estado, da sociedade, e, há quem defenda, do próprio indivíduo, o respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto a segunda diz respeito à promoção e à realização de uma vida com dignidade, o que seria de responsabilidade do Estado e da sociedade. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe tanto um dever de abstenção do Estado em *ingerências* individuais contrárias à dignidade pessoal, quanto o dever de protegê-la contra agressões injustas [...]." (SANTORO, Luciano de Freitas, *Justiça penal*: princípios, história e finalidade da pena, cit., p. 2, grifamos).

sociais derivadas da crise do Estado; sistema de proteção a vítima de crimes; sistema de assistência às vítimas de crimes; sistema de defesa das vítimas de crimes. Tal estudo se baseia na delimitação de qual é a proteção adequada às vítimas de crimes, partindo-se das seguintes indagações: A falência do Estado-nação será inevitável, ante a tendência à unificação generalizada econômica, política e social gerada pela mundialização liberal? Em caso positivo, estamos fadados a ingressar em uma nova Idade Média, tal como anunciado por Umberto Eco?[20] Ou, em sentido contrário, a denominada *era das vítimas* possui o condão de resgatar o papel do direito penal, em razão das novas demandas geradas por esse enfoque, em especial os *deveres de solidariedade*?

No terceiro capítulo, será abordado o fenômeno do crime a partir das consequências penais e extrapenais dos injustos penais. Para tanto, partir-se-á da análise crítica de práticas restauradoras, tendo por paradigma a atenção aos interesses e necessidades das vítimas, sem descuidar dos ofensores – isso implica a análise da noção de conflito, a existência de violência, integrando-se ainda o trauma ao fenômeno criminógeno. Tal análise se justifica, pois os crimes constituem a forma por excelência pela qual a ingerência penal é exercida pelo Estado, razão pela qual a essa prerrogativa devem ser agregados *deveres prestacionais* de assistência, proteção e defesa das vítimas de crimes.

Na sequência, será analisado o instituto da mediação penal, a partir da análise conjunta dos direitos das vítimas e ofensores, bem como sua compatibilização com os princípios constitucionais básicos do ordenamento jurídico penal, em especial os princípios da legalidade, da igualdade e da solidariedade. Será efetuada uma análise de risco da mediação penal privada à ingerência penal estatal. Por fim, será apresentada a proposta da adoção da perspectiva da vítima em nosso ordenamento jurídico, a partir do Projeto Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos (AVARC), do Ministério Público do Estado de São Paulo, a ser consolidado em vindouro Estatuto de Proteção às Vítimas de Crimes.

Após o percurso deste estudo, serão apresentadas conclusões ao trabalho desenvolvido, que tem por espinha dorsal a questão atinente à integração do injusto penal culpável restaurável ao sistema penal, como estratégia de prevenção às vitimizações primária, secundária e terciária.

---

[20] ECO, Umberto. Verso un nuovo medioevo. *In*: ECO, Umberto. *Dalla periferia dell'imperio*: cronache da un nuovo medioevo. Milano: Bompiani, 2003. p. 189-214.

CAPÍTULO I – INGERÊNCIA PENAL

1.1 Ingerência penal: definição e delimitação

A etimologia da palavra *ingerência* é do latim *ingerentia*, *ingerens* e significa "ato ou efeito de ingerir (-se); intervenção, influência". Por sua vez, o vocábulo ingerir possui o sentido de intervir, intrometer-se[21]. Já o termo *Estado*, do latim *statu*, pode ser compreendido em dois sentidos básicos: "organismo político administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado, é dirigido por governo próprio e se constitui de pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida; sociedade politicamente organizada"[22]. Em sentido léxico, a ingerência estatal pode ser conceituada como a intervenção realizada na vida dos indivíduos, em determinada sociedade politicamente organizada.

A ingerência penal consiste na síntese das prerrogativas conferidas ao Estado, ao estabelecer limites à liberdade individual, por intermédio da criminalização de condutas. A legitimidade da atuação estatal advém do respeito à opção política do legislador constitucional, que buscou *equilibrar os valores liberdade e igualdade* de todos os indivíduos[23], equilíbrio que somente foi possível com a positivação dos denominados *deveres de solidariedade* em nosso ordenamento jurídico.

---

[21] FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coordenação e edição: Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010. p. 1.159. Por sua vez o vocábulo ingerir possui três acepções, sendo a terceira o sentido utilizado neste trabalho: "1. Meter no estômago, engolir. 2. Fazer penetrar; introduzir, intrometer; 3. *Intervir, intrometer-se*". Ver também: SANTOS, Celeste Leite dos. Ingerência penal como instrumento de política de segurança pública. *In*: PEREIRA, Claudio José Langroiva (coord.). *Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 79.

[22] FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda, op. cit., p. 854.

[23] A esse respeito, Adolphe Prins, criminólogo belga que desenvolveu o conceito de defesa social e, em 1889, fundou, junto com von Liszt e van Hamel, a União Internacional de Direito Penal: "A escola socialista vê no Estado um ser real, o grande possuidor da propriedade; lhe assinala a missão de conceder a cada um a maior soma possível de felicidade de bem estar; tem também tendência a considerar a todo homem sem recursos como um desgraçado, a conservar o direito a assistência e trabalho, e a centralizar a caridade. A escola individualista faz do Estado uma abstração e do cidadão o verdadeiro órgão social; lhe deixa trabalhar na liberdade; dele depende a sua fortuna, tem tendência a ver em todo ser privado de meios de existência um ser vicioso, sem previsão e energia e a individualizar, portanto, a sociedade e a não admitir também neste domínio a teoria do *laissez faire, laissez passe*r. [...] No império romano havia dito ao homem: não te cuides de nada e come: aqui tem víveres. A Igreja lhe dizia: resigne-se e reze: tem a esmola. Nós lhe dizemos: levanta-te e trabalha: toma a liberdade. [...] A verdade nem é a centralização, nem a individualização extremas; está em uma descentralização em proveito de grupos locais com a inspeção e a intervenção do Estado; e ademais, ao lado da proteção organizada aos débeis, a ação enérgica da justiça contra os malvados." (PRINS, Adolphe. *Criminalidad y represión*: ensayo de ciencia penal. Santiago: ARA Editores, Ediciones Olejnik, 2016. p. 29-31. Nossa tradução). Ver também: "Conforme Norberto Bobbio (2000, p. 91): 'a relação entre liberalismo e democracia sempre foi uma relação difícil'. Historicamente, os dois estão estreitamente associados: uma

A ingerência penal se realiza por meio da tríade direito penal, direito processual penal e execução penal. Na primeira perspectiva, focam-se as condutas e o sistema decisório de aplicação de penas. No segundo enfoque, o esclarecimento dos fatos puníveis, por meio do sistema acusatório, e o monopólio estatal da vingança pública. Por fim, as regras de cumprimento das penas estabelecidas. A tríade penal constitui sistema harmônico e integrado que permite que a tutela dos bens jurídicos individuais e coletivos seja realizada de forma coerente no nosso ordenamento jurídico. A esse sistema são colacionados conceitos advindos de outros ramos do direito (*v.g.* hipóteses de turbação e esbulho, que integram as causas excludentes de ilicitude do artigo 23 do Código Penal (CP) embora não estejam objetivamente descritas; Portaria n. 344/98 do Ministério da Saúde etc.) ou de ciências empíricas correlatas, como a vitimologia (totalidade do saber empírico sobre a vitimização, causas e combate), criminologia (totalidade do saber empírico sobre o delito e controle da criminalidade) etc. Von Liszt denominava esse sistema de ciência global do direito penal.[24]

O sistema integrado de direito penal possui o condão de legitimar não apenas o poder punitivo estatal, mas a própria ideia de poder central que intervém e regula a vida dos cidadãos. Portanto, o avanço da ciência penal deve percorrer não apenas o sistema estático da prática delitiva, representado pelas condutas descritas no CP, mas também sua face dinâmica, ou seja, sua aplicação nas esferas processuais e subsequentes medidas administrativas inerentes ao cumprimento de eventuais sanções penais impostas.

---

economia de mercado propicia as condições necessárias para o desenvolvimento da democracia e a manutenção das instituições políticas. Concomitantemente, guardam um paradoxo: a economia de mercado a longo prazo invariavelmente gera desigualdades nos recursos políticos a que os cidadãos têm acesso. E, por conseguinte, resulta por prejudicar também a igualdade política, pois *cidadãos economicamente desiguais têm grande probabilidade de ser também politicamente desiguais*. Por outro lado, dependendo da concepção política que se adote de igualdade podemos ter consequências diversas na liberdade dos cidadãos. Cumpre a indagação: Igualdade de que? Igualdade de bem-estar (utilitaristas − Bentham e Stuart Mill − avaliamos uma ação pelas suas consequências); igualdade de bens primários (Rawls – sua obra transita entre as seguintes concepções: como todos iguais e livres; princípios de justiça e os piores posicionados); igualdade de recursos (Dworkin); igualdade de capacidades (Sen). A grande discussão é como repartir a riqueza que a sociedade cria e garantir o mínimo para cada cidadão. Quanto é o mínimo? Como controlar o Leviatã?" (MATIAS, Flávia Hagen. Democracia na Europa em crise: relações tensionais entre mercado, estado e sociedade. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1, Porto Alegre, RS, 2017. *Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Organizadores: Rogério Gesta Leal; Anízio Pires Gavião Filho. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), 2017. p. 351. Disponível em: http://biblioteca.fmp.edu.br/pergamum/vinculos/000000/0000009c.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019. Grifamos).

[24] ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1. ed., 5. reimpr. Madrid: Civitas, 2008. v. 1, p. 47.

Em seu aspecto estático, o direito penal é composto da síntese de todos os preceitos que regulam os pressupostos e consequências de uma conduta cominada com pena ou medida de segurança. A imposição de pena pressupõe a culpabilidade do sujeito, ao passo que a medida de segurança se pauta pela periculosidade do indivíduo para o futuro[25]. O CP conta com duas penas principais: pena privativa de liberdade e multa. Existem também as penas substitutivas ao cárcere previstas no artigo 44 do CP. Roxin destaca que, sob o aspecto político-criminal, a vinculação da pena à culpabilidade do sujeito cumpre de forma deficiente a missão de proteção da sociedade[26], o que nos faz propor no curso deste trabalho o conceito de *injusto penal restaurável*, permitindo que o próprio sujeito restaure os prejuízos materiais e imateriais causados pela prática delitiva aos bens jurídicos individuais e coletivos tutelados.

De forma embrionária, o legislador penal, ao prever no artigo 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 a composição dos danos civis nos crimes de pequeno potencial ofensivo de ação penal privada e pública condicionada a representação como causa extintiva da punibilidade, reconhece a necessidade de incorporação da perspectiva da vítima em nosso ordenamento jurídico. A crítica que se faz ao modelo adotado é a identificação do injusto cível com o injusto penal, deixando ao largo do controle social formal estatal os traumas causados pela prática delitiva, que constituem os aspectos imateriais do delito e que não podem ser reduzidos a um denominador econômico.

Na sequência, o artigo 78 da Lei n. 9.099/95 torna praticamente letra morta o avanço anterior, ao prever que frustrada a tentativa de recomposição civil, proceder-se-á ao imediato oferecimento de transação penal de pena restritiva de direitos ou multa. Tal previsão gera distorções práticas, uma vez que o autor da infração penal não enfrenta os sentimentos e emoções da vítima pela prática delitiva, o que contribuiria para a sua ressocialização. As propostas apresentadas não respaldam a prévia reparação do dano, o que contribui para a propagação do sentimento de impunidade do que se convencionou denominar de medidas despenalizadoras. O legislador penal não ficou insensível às distorções práticas mencionadas, proibindo a utilização dos institutos da transação e suspensão condicional do processo nos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 46 da Lei n. 9.099/95). Porém, assim procedendo, engessou por completo a possibilidade de restauração dos efeitos gerados pela prática dessa modalidade delitiva.

---

[25] ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 42.
[26] Ibidem, p. 43.

A incorporação ao ordenamento jurídico do *injusto penal restaurável*, ao revés, fomenta a integração dos sujeitos ativo e passivo da prática delitiva. Tem por escopo restabelecer os efeitos advindos da vitimização primária, evitar a vitimização secundária e impedir a vitimização terciária, pela correção das incoerências geradas pelo cumprimento de pena, em especial a pena privativa de liberdade. No âmbito extraprocessual, os aspectos restaurativos dinâmicos da prática delitiva são intermediados pelo titular da ação penal que, no caso da ação penal pública, é o Ministério Público, por expressa determinação constitucional (art. 129, I, da CF).

Tal constatação ganha relevância, ante o crescimento de práticas restaurativas em nossa sociedade, que, se aplicadas em toda a sua extensão, conduziriam ao abolicionismo penal. Desse modo, a própria legitimidade da existência de um poder central, que regule a vida dos cidadãos a ele vinculados nas sociedades politicamente organizadas por meio da Constituição, se tornaria obsoleta.

Mutatis mutandis, os teóricos radicais da teoria restaurativa, como Christie[27], partem da premissa equívoca de que o único afetado pela prática da infração penal seria o sujeito ativo, razão pela qual o sistema penal seria fonte de dor e sofrimentos desnecessários. Tal percepção desconsidera as vítimas indiretas (familiares e pessoas vinculadas à vítima) e a categoria das vítimas coletivas propostas neste trabalho. Da mesma forma, não se pode perder de vista, consoante assinala Roxin, que o direito penal, à diferença do direito civil, não se baseia no princípio da equiparação, mas de subordinação do indivíduo ao poder do Estado.[28]

Nesse sentido, Serrano Masip destaca que:

> A posição das vítimas deve ser examinada como um dos elementos que contribui para a luta contra a impunidade das condutas que a sociedade considera mais reprováveis; porém antes tudo as vítimas são sujeitos titulares de direitos fundamentais e direitos ordinários que devem ter reflexo no processo penal.[29]

A crítica que se faz ao posicionamento de Serrano Masip é sua excessiva vinculação à ferramenta processual penal. Por outro lado, o autor enfatiza que a ciência penal e seus

---

[27] CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*: a caminho dos Gulags em estilo ocidental. Tradução: Luis Leiri. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 52.
[28] ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 43.
[29] SERRANO MASIP, Mercedes. Medidas de protección de las víctimas. *In*: HOYOS SANCHO, Montserrat de (coord.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales.* Navarra: Thomas Reuters Aranzadi, 2017. p. 141. Nossa tradução.

conceitos foram construídos tomando-se em consideração apenas uma parcela do fenômeno político-criminal que lhe é subjacente: o delinquente.

As vítimas diretas, indiretas e coletivas foram sumariamente ignoradas nos últimos dois séculos, evidenciando a desproteção dos cidadãos ante o fenômeno delitivo. A ausência da cultura de proteção às vítimas de crimes permite a perpetuação da violência na sociedade, por meio da repetição de comportamentos – o sujeito passivo de um delito hoje será o seu sujeito ativo no futuro (*v.g.* a criança que cresceu vendo o pai agredindo moral, psicológica e fisicamente sua mãe). Tal constatação lança luzes ao total descaso do Estado por aqueles que legitimam o exercício do monopólio do direito de punir. No nível coletivo, o que se constata é a interdependência dos direitos individuais e sociais consignados na Constituição e, por conseguinte, dos deveres estatais positivos de prestação de serviços na tutela de direitos fundamentais, tais como saúde, assistência social, segurança pública, educação, acesso à justiça etc. Os deveres prestacionais do Estado decorrem do sistema constitucional adotado e da própria Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1985 sobre as vítimas de crimes e abuso de poder, já mencionada.

A norma penal − fonte primária por excelência da ingerência penal – é assim conceituada por Aníbal Bruno:

> [...] é a norma de Direito em que se manifesta a *vontade do Estado* na definição dos fatos puníveis e cominação de sanções. Definida assim, é a norma incriminadora, norma penal em sentido estrito. Mas normas penais *são também aquelas que completam o sistema penal* com os seus princípios gerais e dispõem sobre aplicações de limites das normas incriminadoras. Como toda norma jurídica compreende o preceito e a sanção; o preceito, que contém o imperativo de proibição ou comando, e a sanção, que ameaça de punição da violação do preceito. No preceito se exprime a *vontade estatal de estender a determinados bens jurídicos a proteção penal*, proibindo ou ordenando atos, em conformidade com esta proteção; na sanção manifesta-se a coercibilidade do preceito, que é uma das características da norma jurídica. São dois termos que se prendem indissoluvelmente um ao outro, para integrar a unidade de conteúdo da norma de Direito.[30]

Nessa perspectiva, Mir Puig assinala que o direito penal consiste em um dos meios de controle social existentes nas sociedades atuais, ao lado da família, escola, profissão e grupos sociais. Desse modo, os meios de controle socioformais se conectam aos meios de controle socioinformais, distinguindo-se os primeiros em razão da elevada formalização do controle

[30] BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Forense: Rio de Janeiro, 2003. v. 1, p. 29.

jurídico efetuado por meio do direito penal. Sua função é a de evitar comportamentos sociais indesejáveis, por meio da imposição de distintas sanções para as condutas praticadas. Conclui Mir Puig:

> O direito penal se caracteriza por prever sanções em princípio mais graves – *as penas e as medidas de segurança* – como forma de evitar os comportamentos que pareçam especialmente perigosos – os *delitos*. Se trata, pois, de uma forma de controle social suficientemente importante, para que, por um lado, tenha sido *monopolizado pelo Estado* e, por outro lado, constitua uma das parcelas fundamentais do poder estatal que desde a Revolução Francesa se considera necessário delimitar com a máxima clareza possível como garantia do cidadão. Daí que o poder punitivo, reservado ao Estado, somente pode ser exercido por determinadas *normas legais*, aprovadas pelos representantes do povo, nos países democráticos.[31]

O sistema jurídico penal, meio de controle social formal por excelência, constitui método de prevenção e resolução de conflitos, pautado pela proibição do uso da força pelos particulares. A sociedade politicamente organizada centraliza o exercício desse controle formal nos órgãos de acesso à justiça.

A evolução histórica do direito penal permite concluir que o conceito material de crime passou por diferentes estágios. Na época de Feuerbach, era considerado como *lesão a direito subjetivo*, com o que se aproximava do direito civil[32]. A partir de Birnbaum, passou a ser considerado *lesão a bem jurídico*, ante os postulados político-criminais que visavam a assegurar a livre concorrência.[33]

---

[31] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996. p. 5. Nossa tradução.

[32] Juarez Tavares esclarece que o conceito de crime como lesão a direito subjetivo tinha por contexto histórico a oposição ao feudalismo, o primado da liberdade contratual, do qual decorre a política econômica de preservação da pessoa e sua liberdade econômica (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 36 e ss.).

[33] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 36 e ss.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo1.pdf. Acesso em: 22 set. 2019. Juarez Tavares aduz que os modelos de política criminal subsequentes (advindos do Estado Social, falência do modelo social e a globalização) contribuíram para a força expansiva dos crimes omissivos. O Estado Social colocava ênfase nos crimes omissivos puros, advindos de normas mandamentais que tinham por base o interesse protegido (art. 2° da Lei n. 1.521/51), razão pela qual se concluía que o seu caráter era predominantemente simbólico. Com a desagregação do Estado Social se solidificaram os deveres de organização, ocasião em que as construções funcionalistas do delito ganharam relevo e o direito penal passou a ter ingerência em outros ramos do direito. Tal processo foi acentuado com a globalização. Como a soberania estatal ainda remanesceu, a política criminal passou a ter dois focos: um destinado aos inimigos declarados do poder e outro baseado nos deveres de organização. Multiplicaram-se as hipóteses de delitos omissivos próprios e impróprios, em decorrência do modelo político e econômico vigente. Surgiram alegações de que houve desumanização no sentido da ordem jurídica, pela eliminação do sujeito das relações (TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 36-42).

A pena, que possuía caráter compensatório, passou a ter finalidade preventiva, ganhando relevo os crimes omissivos impróprios, em especial com as codificações do século XIX. No século XX, esboçou-se a identificação do conceito material de crime com a violação a norma jurídica[34], especialmente com o estremecimento das fronteiras territoriais dos Estados e a constatação da existência de bens jurídicos coletivos que demandam resposta estatal diversa da adotada pelo direito penal clássico (tutela da vida, patrimônio etc.).

Em que pese o funcionalismo sistêmico preconizar a identificação do conceito material de crime com a violação a norma jurídica, não se pode prescindir da noção de bem jurídico. A identificação de crime como violação a norma jurídica remete à concepção de crime de Feuerbach. Em outras palavras, toda lesão a norma objetiva faz surgir o direito de exigir sua recomposição, por frustração às expectativas legítimas dos titulares dos deveres violados. Isso porque direito objetivo (a norma jurídica) e direito subjetivo são duas formas distintas e interligadas de relação com o ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos são justamente as prerrogativas conferidas aos indivíduos por meio das normas que compõem o ordenamento jurídico. Por conseguinte, ter-se-ia a ausência de diferenciação entre o injusto penal e o injusto cível propugnada por Adolf Merkl, como lembra Lesch, *in verbis*:

> Se fosse possível agredir um direito subjetivo sem afetar o direito objetivo, então o direito subjetivo deveria possuir existência separada. [...] Por direitos objetivos entendemos as disposições legais obrigatórias, das quais derivam os direitos subjetivos e deveres jurídicos; debaixo do direito subjetivo entendemos o poder de vontade dos indivíduos, pensados em relação com o que protegem, com o que eles se identificam, em cada norma objetivada pela vontade geral. Lesão de um direito

[34] No século XX, pode-se apontar Schmitt como o autor ligado à dicotomia amigo-inimigo. Para ele: "O sentido da distinção amigo-inimigo é para marcar o grau máximo de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou dissociação". O critério de "inimigo político" se associa à ideia do estranho, do distinto. "Inimigo é qualquer competidor ou adversário. Tampouco é o adversário privado que se detesta por uma questão de sentimentos ou antipatia. Inimigo somente é o conjunto de homens que sequer eventualmente, de acordo com uma possibilidade real, se opõe *combativamente* a outro conjunto análogo. Somente é inimigo o inimigo público". A natureza própria da palavra "inimigo" implica no antagonismo, é dizer, denota a hostilidade do uso da palavra por parte do sujeito emissor até o receptor, sempre que dito isso seja acompanhado de um marco referencial concreto e não abstrato. O conceito amigo e inimigo, para Schmitt, está ligado à possibilidade de matar fisicamente. O autor ainda conceitua o "inimigo interior", destacando que o Estado, em sua condição de unidade essencialmente política, requer uma pacificação completa dentro de seus limites, é dizer, precisa de "paz, segurança e ordem" para criar o pressuposto de vigência das normas, já que "toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter vigência em uma situação totalmente anômala em referência a ela". Então, a necessidade política do Estado de alcançar esta ordem interna o autoriza também a determinar quem é o "inimigo interior" e declará-lo hostil mediante a implementação de penas de acordo. Para ele, a visão liberal do estabelecimento de limites ao Estado não pode servir para fundamentar o conceito de "inimigo". Nessa medida, o pensamento liberal subverte a concepção política de luta pelas noções econômica e ética de competência e discussão (ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado "Derecho penal del enemigo" y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. *In*: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006. v. 1, p. 57 e ss.).

> subjetivo é, portanto, lesão a direito objetivo na relação individual. [...] O direito subjetivo não existe, tampouco, independente do objetivo, com espécie independente de seu próprio gênero.[35]

Merkl concluiu que o genérico tipo penal de injusto dirigido aos cidadãos não se opõe aos particulares tipos de injustos puníveis, o que leva ao conceito unitário de injusto. A partir da unidade do conceito de injusto, chegou à unificação da coerção penal e da coerção civil. A sanção penal como consequência jurídica seria a regra e a sanção civil constituiria uma exceção qualificada, em manifesta violação ao princípio da subsidiariedade da norma penal[36]. Por consequência, ter-se-ia a desnecessidade da própria intervenção estatal e seu monopólio do uso da força legítima, assistindo razão aos teóricos da justiça restaurativa radicais, ao proporem o abolicionismo penal.

De fato, a perspectiva unificadora do injusto penal e cível viola o caráter subsidiário do direito penal. A norma penal não prescinde do seu caráter de direcionamento do comportamento dos cidadãos, consoante se dessume dos mandados constitucionais explícitos de criminalização (*v.g.* tráfico, terrorismo etc.). Tal constatação não implica dizer que as expectativas legítimas de cumprimento do ordenamento jurídico devam ser desconsideradas, razão pela qual o artigo 387, inciso IV, do CPP estabelece a obrigatoriedade do estabelecimento de danos estimados mínimos pelo juiz, ao prolatar a sentença penal acusatória. A cumulação de pedidos, porém, não gera a identidade de injustos, já que apenas excepcionalmente as decisões proferidas pelo juízo criminal geram coisa julgada no cível.[37]

---

[35] LESCH, Heiko Hartmut. *El concepto de delito*: las ideas fundamentales de una revisión funcional. Traducción: Juan Carlos Gemignani. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016. p. 214-215. Nossa tradução).

[36] Ibidem, p. 42 e ss.

[37] Guilherme Nucci esclarece: "*Não produzem coisa julgada no cível*, possibilitando a ação de conhecimento para apurar culpa: a) absolvição por não estar provada a existência do fato (art. 386, II, CPP); b) absolvição por não constituir infração penal o fato (art. 386, III, CPP); c) absolvição por não existir prova suficiente de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, V, CPP); d) absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP); e) absolvição por excludentes de culpabilidade e algumas de ilicitude, estas últimas já vistas na nota 13 anterior (art. 386, VI, CPP); f) decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação (art. 67, I, CPP); g) decisão de extinção da punibilidade (art. 67, II, CPP). Em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno de o fato existir ou não, nem afastou, por completo, a autoria em relação a determinada pessoa, assim como não considerou lícita a conduta. Apenas se limitou a dizer que não se provou a existência do fato – o que ainda pode ser feito no cível; disse que não é o fato infração penal – mas pode ser ilícito civil; declarou que não há provas do réu ter concorrido para a infração penal – o que se pode apresentar na esfera cível; disse haver insuficiência de provas para uma condenação, consagrando o princípio do *in dubio pro reo* – embora essas provas possam ser conseguidas e apresentadas no cível; absolveu por inexistir culpabilidade – o que não significa que o ato é lícito; arquivou inquérito ou peças de informação – podendo ser o fato um ilícito civil; julgou extinta a punibilidade – o que simplesmente afasta a pretensão punitiva do Estado, mas não o direito à indenização da vítima. *Fazem coisa julgada no cível*: a) declarar o juiz penal que está provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP); b) considerar o juiz penal, expressamente, que o réu não foi o autor da infração penal ou, efetivamente, não concorreu para a sua prática (art. 386, IV, CPP). Reabrir-se o debate dessas questões na esfera civil, possibilitando decisões contraditórias, é justamente o que quis a lei evitar (art. 935, CC, 2.ª parte)." (NUCCI, Guilherme. *Qual o efeito da sentença penal condenatória no cível?* 24 jan. 2016. Disponível em: http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qual-o-efeito-da-sentenca-penal-absolutoria-no-civel. Acesso em: 19 out. 2019).

Adota-se, portanto, a posição de que o conceito material de crime significa a lesão ou perigo de lesão a bem jurídico. A evolução civilizatória compreende a superação da visão de bem jurídico de índole estritamente individual.

Nessa acepção, as noções de bem jurídico individual ou coletivo não são antitéticos, mas representam justamente os valores essenciais para a coexistência pacífica em sociedade. O caráter supraindividual da tutela penal não desnatura sua existência, mas tão somente antecipa a sua necessidade em determinadas hipóteses, como, por exemplo, nos casos de delitos econômicos.

O conceito de bem jurídico é essencialmente mutável, para conformar a potestade punitiva aos anseios da sociedade e à evolução do conhecimento científico atual. Em nível coletivo, isso implica a proteção de contextos de vida (bem comum), inclusive com normas programáticas ou diretivas, isto é, dirigidas ao futuro. A título exemplificativo, podemos mencionar a necessidade de antecipar a ingerência penal na tutela do meio ambiente, economia, processamento de dados, drogas, comércio exterior, receitas fiscais, patrimônio genético etc.

A reflexão sintetizada acima permite concluir que a proteção ao bem jurídico é o vetor limitador da ingerência penal. É a partir da noção de bem jurídico que são estabelecidas as bases dessa reflexão, uma vez que inexistindo lesão direta ou virtual dele, não há a demanda estatal de restituição ou restauração do crime ao estágio anterior à sua prática.[38]

Desse modo, se faz necessária a releitura dos tipos incriminadores previstos na Parte Especial do CP como normas que visam à proteção de bens jurídicos essencialmente coletivos. Não se nega a existência de bens jurídicos individuais destinados a tutelar o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, mas há a necessidade de proteção das pessoas, não apenas por si mesmas, mas também no interesse da sociedade e do pacto social que lhe é subjacente.

[38] Não se adota neste trabalho o posicionamento dos funcionalistas sistêmicos que veem no direito penal apenas a função de estabilização do conteúdo da norma. Entende-se que mesmo nos crimes em que há antecipação da punição de atos preparatórios, por exemplo, há a tutela de bem jurídico formal que se encontra diretamente relacionado ao bem ou valor coletivo que lhe é subjacente.

1.2 Ingerência penal e teoria do delito

A teoria do delito e os seus elementos sempre estiveram em contínua evolução. Tal circunstância constitui o motor propulsor de mudança e contínua adaptação dos postulados penais à sociedade de seu tempo. A discussão tem por pano de fundo a crise de legitimidade do monopólio pelo Estado do direito de punir, o que gera contínuas indagações em torno do conceito analítico de crime e os elementos que o constituem.

Tais questionamentos devem ser analisados à luz do momento histórico vigente. A adstrição dos elementos do crime a critérios estritamente hermenêuticos gera a desconexão da ciência penal com a sociedade de seu tempo. Daí a necessária correlação entre direito penal e política criminal, tendo por consequência contínuas tensões entre os valores e os fatos que lhe são correlatos.

A denominada crise da teoria do delito constitui o reflexo das insatisfações das respostas penais às necessidades da sociedade. O exemplo mais emblemático dessa insatisfação são as respostas penais que advieram em razão do Holocausto, como o Tribunal de Nuremberg. Na visão de Tavares, a evolução da teoria do delito pode ser analisada a partir do conceito de ação e as contribuições das teorias finalistas e funcionalistas. Cogita-se a existência de *crise de tipicidade*, o que coloca em evidência a tensão existente entre critérios de causalidade e de imputação. Frank, ao apontar a denominada *crise de culpabilidade*, propõe a adoção de teoria normativa que, por sua vez, é questionada pelos funcionalistas, que propõem a substituição do juízo de censura pelo juízo de incompatibilidade com a ordem jurídica[39]. A esse respeito, conclui Tavares:

> Em todos esses momentos, aos quais se atribui o anátema de crise, a discussão não apenas se iniciou, mas como ainda continua, o que está a indicar que toda a teoria do delito sempre esteve em crise, desde que se apresente como o produto de controvérsias e juízos de valor, nem sempre compreendidos dentro de um consenso.[40]

Ao lado da denominada crise da teoria do delito supramencionada, soma-se o denominado *populismo punitivo* fomentado pelos meios midiáticos e pelo poder político estabelecido, contribuindo para o sentimento de vitimização na denominada sociedade do

[39] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 28.
[40] Ibidem, p. 29.

medo. Ferrajoli denomina esse fenômeno de *direito penal da emergência*, que se pauta por um sistema punitivo com especial caráter administrativo[41]. Nessa linha de raciocínio, para Santoro, o direito penal "subsidiário por sua própria excelência, deixa suas funções de proteção de bens jurídicos, para atender a anseios ilegítimos [...]. É fato que um sistema penal de emergência se torna claramente um instrumento de contenção social".[42]

A introdução do conceito de *injusto penal restaurável* à teoria do delito visa a contribuir para a necessidade de adaptação do direito penal − hoje imobilizado em torno das herméticas categorias do injusto penal e do injusto culpável, a que se comina a ameaça de pena. Ao se afastar da realidade prática a que se destina, a tutela dos bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade fica sujeita a deturpações políticas e ideológicas. Em uma sociedade em que tudo é urgente, não se prioriza a adoção de escolhas a longo prazo ou níveis de valoração dos injustos penais, ficando a sociedade alheia ao processo decisório de eleição dos valores penais tutelados, gerando reflexos econômicos e sociais significativos.

Para tentar reverter esse estado de coisas, Conforti propõe a incorporação à teoria do delito de nova categoria de fato jurídico, o fato restaurável. A criação do *instituto da restauração* agrega aos princípios filosófico-jurídicos que informam o direito o valor restaurativo no âmbito penal. Tal paradigma possibilita a aproximação à ideia de *integridade do direito penal*.[43]

---

[41] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347 A esse respeito: "A mídia colabora para o desenvolvimento daquilo que o sociólogo norte-americano Barry Glassner denomina de 'cultura do medo'. Segundo o sociólogo, há grupos que promovem o medo e o pânico para se beneficiarem, composto de alguns setores dos meios de comunicação social, dos políticos e das pessoas que defendem uma ou outra posição particular. Todos os dias as principais redes de televisão do país, sobretudo em horário nobre, colocam no ar programas jornalísticos que fomentam a intranquilidade da população, trazendo matérias sobre a prática de crimes, explorando-os ao máximo. Não raras são as vezes em que os apresentadores desses programas sensacionalistas utilizam frases de efeito como 'os políticos não fazem nada, a população vive com medo'[...] etc. A utilização do direito penal como instrumento de controle social não é novidade na história da humanidade. Assim o é desde a Antiguidade, desde que a vingança privada dos primitivos passou ao domínio e ao monopólio estatal. Paradoxalmente, é o mecanismo mais rude e ataca (desde sempre) os dois bens jurídicos mais preciosos do ser humano: vida e liberdade. Por isso é eminentemente subsidiário, e só deve intervir quando os outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para proteger o bem jurídico. Em consequência, o direito penal, por meio da criminalização de condutas, é tido como remédio para os males da insegurança e do medo. Por razões reais ou não. Segurança passa a ser a palavra de ordem e o direito penal estabelecido como o único recurso apto a resolver esses problemas urgentes, culminando com o *falacioso direito penal de emergência*, que possibilita justamente a penetração do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico." (SANTORO, Luciano de Freitas, *Justiça penal*: princípios, história e finalidade da pena, cit., p. 72-73).

[42] SANTORO, Luciano de Freitas, *Justiça penal*: princípios, história e finalidade da pena, cit., p. 73-74.

[43] CONFORTI, Franco. *El hecho jurídico restaurable*. nuevo enfoque en derecho penal. Madrid: Editorial Dykinson, 2019. p. 16.

A categoria do fato jurídico restaurável, por si só, não é suficiente para explicar o fenômeno delitivo, uma vez que podem concorrer causas excludentes da ilicitude, sendo mais adequada a incorporação da figura do injusto penal restaurável, com assunção de responsabilidade penal pelo autor da infração penal. Ao injusto penal restaurável concorrem não apenas categorias afetas à teoria do delito (injusto penal culpável), mas o sistema penal é analisado em sua completude, ou seja, composto também pelo CPP, as normas relativas à aplicação da pena e à sua subsequente execução.

Sua incorporação visa a atender ainda à necessidade de adoção da perspectiva da vítima na teoria do delito, cujo eixo de atenção hoje se concentra apenas na figura do delinquente. Mister se faz agregar aos estudos delinquenciais políticas públicas preventivas, relativas ao fenômeno da vitimização, ante a evidente conexão entre esse. Os sentimentos inerentes à vitimização, que são impingidos hoje a determinada vítima direta, indireta ou coletiva (*acting in*), podem dar azo à assunção pela vítima do papel de agressor (*acting out*), o que gera ciclos intermináveis de violência em nossa sociedade. Todos nós somos ao mesmo tempo vítimas e agressores. A ruptura desse modelo viciado constitui um dos maiores desafios à pacificação social neste século.

A categoria injusto penal restaurável permite entender o crime como ofensa a bem jurídico tutelado, que acarreta traumas, violência e conflitos sociais. *Ad argumentandum*, a perpetuação da violência na sociedade abrange a resposta penal nem sempre adequada ao autor da infração penal, mas também no trato da figura da vítima. Em termos vitimológicos, o ciclo da violência envolve duas partes, autor e vítima, razão pela qual propõe o tratamento integrado do “casal criminal”.

A conexão entre vítima e vitimário pode ser apreendida da Figura1 seguinte.

Figura 1 – Ciclo da violência

Fonte: Programa Vila STAR I da Eastern Mennonite University[44]

A partir dessa constatação, denota-se a necessidade de que, ao lado de estratégias preventivas à delinquência, sejam adotadas estratégias preventivas à vitimização. O primeiro passo consiste no reconhecimento da existência de injustos penais restauráveis, cuja solução não perpassa pela pura e simples despenalização, ou ainda pela descriminalização de condutas.

1.3 Sociedade de risco, de redes ou de informação

A nossa Constituição traz valores explícitos e implícitos que permitem concluir que, ao lado das garantias individuais inerentes à liberdade dos indivíduos frente ao Estado (*v.g.* direito ao devido processo penal), e das diretrizes de incriminação de condutas que dificultem

[44] Material didático fornecido em maio de 2019 para os alunos do treinamento.

ou impeçam a igualdade material dos cidadãos (*v.g.* mandados de criminalização de quaisquer formas de discriminação em razão do sexo etc.), temos os deveres de solidariedade (*v.g.* sociedade livre, justa e *solidária*).

Da existência de deveres de solidariedade em nossa sociedade, podemos concluir que o risco inerente à sociedade atual deve ser compartilhado por todos, razão pela qual os crimes omissivos impróprios, os tipos penais abertos e os crimes de perigo abstrato ou concreto não constituem provas da violação ao princípio da legalidade, uma vez que cada vez mais se acentua o seu caráter material e não meramente formal, mas antes constituem *técnica de integração do sistema jurídico*, que é ao mesmo tempo aberto e fechado. Fechado porque construído fundamentalmente com um raciocínio tipológico. Aberto porque as normas jurídicas devem ser aplicadas em consonância com a sociedade a que se destinam e seria impossível ao legislador penal enumerar taxativamente todas as formas de conduta possíveis que causem dano ou risco de lesão aos bens jurídicos, direitos subjetivos ou que violem a norma jurídica, consoante as diversas correntes penais existentes.

Nessa medida, o que legitima a ingerência penal é a violação a bens jurídicos de natureza coletiva ou individual, o que faz surgir o direito da vítima ou da comunidade ao restabelecimento do equilíbrio social que foi rompido.[45]

Na sociedade de risco há a tendência à tipificação de condutas de caráter meramente simbólico em seu sentido negativo, ou seja, como "resposta a situações políticas emergenciais", transformando o direito penal repressivo em um direito policial[46]. Nessa perspectiva, deve-se estar atento para que a ótica funcional não prevaleça aos postulados inerentes a um Estado Democrático Constitucional e, por conseguinte, à tutela dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente assegurados. Para o funcionalista Jakobs, a criminalização "é o estado prévio à lesão de um bem jurídico"[47]. Porém, consideramos que sempre há lesão a bem jurídico, ainda que a bem jurídico formal.

---

[45] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 84 e ss.

[46] TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 35.

[47] JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *In*: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción: Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González; Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997. p. 297 e ss. Nossa tradução. Disponível em: https://www.scribd.com/document/6714207/CriminalizaciOn-en-El-Estadio-Previo-a-La-LesiOn-de-Un-Bien-dico-gUnter-Jakobs. Acesso em: 01 nov. 2019.

Nessa linha conceitual, observa-se que o legislador contemporâneo passou a atuar de forma mais preventiva à prática de crimes, o que implica a adoção dos denominados "delitos obstáculo", que inclui os delitos de perigo, mas não se limita a esses. Desse modo, é possível se antecipar à valoração da conduta punível, para combater os riscos inerentes à sociedade da informação em que vivemos, de sorte que a ingerência penal se justifica, pois o direito penal deve guardar correlação com a realidade de seu tempo. Os delitos obstáculo não se confundem com a mera criminalização de atos preparatórios, mas de condutas que guardam indireta correlação com a tutela de bens jurídicos coletivos protegidos em nosso ordenamento jurídico. Adota-se, portanto, lógica transversal de proteção aos bens jurídicos tutelados. Os delitos obstáculo partem da eleição de condutas que possuem o risco virtual de causar danos de grandes proporções em nossa sociedade, atendendo ao princípio da subsidiariedade do direito penal, fomentando o caráter preventivo, e não meramente repressivo do direito penal.

A incorporação do risco à rotina diária dos cidadãos acarreta a proliferação de tipos penais de perigo, na tentativa de criminalizar previamente condutas nocivas à integridade do tecido social. Tal concepção não é isenta de críticas, pois se considera que haveria "uma ênfase desmedida sobre a segurança antecipatória".[48]

Não comungamos do mesmo entendimento, uma vez que tal técnica legislativa tem por pano de fundo a tutela de interesses que superam os do destinatário da norma penal, consoante propugnado por Carnelutti: "[...] o Código Penal se fez para conseguir que os cidadãos se abstenham de certos atos que se consideram gravemente nocivos para o bem comum e realizem outros atos que são necessários para o mesmo bem comum."[49]

A esse respeito, Jakobs propõe a adoção do direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), que se assenta sobre as seguintes bases: a) criminalização no estado prévio à lesão de bem jurídico; b) aumento desproporcional das penas; c) supressão de certas garantias processuais. Pontua que os avanços do direito penal liberal, ao circunscrever os bens jurídicos tuteláveis (adotando o princípio da subsidiariedade e o caráter fragmentário do direito penal), o caráter difuso da regulamentação da tentativa, a antecipação penal mediante a utilização de tipos de perigo abstrato e a racionalidade da execução da pena (a ideia de ressocialização do

[48] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 129.
[49] CARNELUTTI, Francesco. *Como nace el derecho*. Buenos Aires: El Foro, 2006, p. 22 e ss. Nossa tradução.

delinquente) são hoje produtos antiquados e verdadeiros obstáculos para prevenir e combater um novo paradigma de criminalidade organizada, disposta a colocar em risco a sociedade contemporânea. Nessa medida, propõe que os princípios do direito penal se relativizem, ante uma política criminal pautada pela falência do protótipo da segurança cidadã.[50]

Em sentido similar, Silva Sánchez, ao propor a existência de três velocidades de direito penal, a inclui na terceira velocidade e, também em função do fenômeno relacionado à expansão do direito penal, sugere que, ao lado da tutela de bens jurídicos clássicos (vida, patrimônio), pautada por todos os princípios e garantias que lhe são inerentes, sejam adotadas ferramentas que permitam o combate à criminalidade organizada.

Não se desconhece que a sociedade moderna demanda a criação de tipos penais baseados na ideia da prática da conduta, independente do resultado produzido, uma vez que existem riscos não controlados que demandam que a ingerência penal seja efetuada de forma diferenciada. A esse respeito, Aboso destaca que a estrutura do injusto penal do direito liberal do ato, decomposta em desvalor do ato e desvalor do resultado, está perdendo consistência, quando confrontada com a ideia de risco e suas consequências incalculáveis. A política criminal frente às contemporaneidades relatadas deve discutir não apenas a necessidade da intervenção penal, mas sua racionalidade e a proporção da reação. Direito e política criminal encontram estreita correlação com a necessidade histórica de gerar soluções que combatam a sensação de insegurança ampliada pelos meios de comunicação. Nessa linha de raciocínio, Aboso destaca que:

> A característica comum das reformas penais acobertadas à luz de uma política criminal moderna é a resposta antiliberal das receitas utilizadas para combater as velhas e novas manifestações da criminalidade. O direito penal do inimigo conta com certa aprovação da doutrina científica no campo do dever ser. Têm sido unânimes as vozes que se levantaram contra esse direito penal orientado até os riscos. Porém, para ser justo, é inegável que o legislador penal de todas as latitudes tem introduzido um marco de exceção à vigência dos direitos e garantias do acusado em certas atividades criminais, em razão da periculosidade permanente representada por ditas organizações.[51]

[50] JAKOBS, Günther, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, *in Estudios de derecho penal*, cit., p. 294 e ss., nossa tradução.

[51] ABOSO, Gustavo Eduardo, El llamado "Derecho penal del enemigo" y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino, *in Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión, cit., v. 1, p. 102, nossa tradução. Para esse autor, desde o atentado de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, concluiu-se que os atentados terroristas antes eram fenômenos somente dos países periféricos e que o atual inimigo realmente é externo, pois não apresenta as afinidades culturais, religiosas e étnicas do inimigo interno. Daí a expansão da teoria de que para combater a criminalidade transnacional, deve-se acentuar o caráter preventivo da legislação penal e criar um *status* preventivo especial ou de exceção para os integrantes dessa perigosa forma de organização.

1.4 Direito penal mínimo

O princípio da intervenção mínima do direito penal tem sido desconsiderado pelos adeptos do denominado direito penal da emergência analisado no tópico 1.2 *ut supra*. Em breves palavras, pode ser conceituado como a adoção do menor dano possível. Nessa medida, compreende os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal, em relação aos demais ramos do direito. A esse respeito, Cuesta Pastor esclarece:

> Pode-se dizer que no momento atual, a maioria da doutrina está de acordo em proclamar o princípio da intervenção mínima do direito penal. Não existe dúvida da coerência dessa concepção com a de um Estado liberal ou neoliberal. No entanto, não é tão fácil compatibilizar esse princípio com o novo conceito de Estado Social intervencionista. O Estado Social leva a cabo uma necessária função assistencial e de fomento, assim a atividade repressiva do mesmo parece ser contraditória com aquela. O certo é que cabe um Estado Social que intervenha procurando o bem-estar dos cidadãos sem que se restrinja a liberdade destes mais além do imprescindível a sua própria proteção. E mais, no Estado Social ao serviço do indivíduo, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos.[52]

Portanto, a maior ou menor intervenção estatal na vida dos indivíduos por meio do direito penal está diretamente vinculada ao modelo de Estado adotado. Nessa medida, o princípio da intervenção mínima não se confunde com a ausência de ingerência penal, o que nos conduz à análise de sua recepção na estrutura normativa valorativa consubstanciada em nossa Carta Magna. Daí o reconhecimento em nosso ordenamento jurídico da existência de mandados de incriminação ou criminalização.[53]

Silva Sánchez destaca que o direito penal ao dirigir suas normas primárias aos cidadãos, não somente cumpre sua função preventiva, como também boa parte de suas missões no campo garantístico. A proibição "sob ameaça de pena" se mostra menos lesiva que a imposição efetiva da pena. O direito penal satisfaz às exigências do princípio da intervenção mínima (menor dano possível), harmonizando seus comandos com os interesses preventivos.

---

[52] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo*: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico. Granada: Editorial Conares, 2002. p. 6. Nossa tradução.

[53] PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152. A esse respeito, Luiz Luisi preceitua que "a presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de direito penal constitucional e de princípios influentes em matéria penal" (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 10).

Em muitos casos, a ameaça de pena é suficiente para dissuadir os destinatários de cometerem fatos penalmente proibidos.[54]

Mutatis mutandis, ao direito penal, em suas vertentes retributivas e preventivas, devem ser incorporadas as óticas restauradoras e reparadoras, a fim de que haja o exercício pleno do direito fundamental de acesso à justiça, de forma efetiva. A administração da justiça deve ser gerida não apenas do ponto de vista do Poder Judiciário, sua organização e estrutura interna, mas também contemplando as denominadas "Funções Essenciais à Justiça" previstas no Título IV, "Da Organização dos Poderes", da CF. Desse modo, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública devem atuar tendo por norte a restauração do fato criminógeno praticado, para que se possa alcançar a tão pretendida e desejada paz social.

Nessa linha de raciocínio, a CF estabelece que o Ministério Público "é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Portanto, atua não como mero órgão acusatório, mas como *ombudsman* da sociedade, tendo o dever de, a partir da integração da perspectiva do fato jurídico restaurável, ser *igualmente parcial* em relação a todos os envolvidos no evento criminógeno. Nessa esteira, pode atuar preponderantemente de forma extrajudicial, valendo-se de instrumentos restauradores, como por exemplo, o acordo de não persecução penal previsto na Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, com as alterações da Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, desde que agregada na sua implementação prática a perspectiva da vítima, tomando por base suas necessidades e interesses.

Ao lado do *Parquet*, não podem ser esquecidos os órgãos responsáveis pela segurança pública, que possuem importante papel, não apenas na defesa do Estado e das instituições democráticas, mas também na consecução de objetivos restauradores e restituidores da paz social. Assim, o Título V, "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas", Capítulo III, "Da Segurança Pública", estabelece em seu artigo 144:

[54] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. 2. ed. Buenos Aires, Editorial Bdef, 2010. p. 516.

> Art. 144. A segurança pública, *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> I - polícia federal;
> II - polícia rodoviária federal;
> III - polícia ferroviária federal;
> IV - policiais civis;
> V - policiais militares e corpos de bombeiros militares. (grifamos).

Da mesma forma, "o advogado é indispensável à administração da justiça" (art. 133 da CF) e, dessa forma, deve exercer suas atividades em conformidade com os preceitos estabelecidos pelo Código de Ética e Disciplina respectivo. Seu papel restaurador é inegável, pois poderá incitar uma postura litigante que nem sempre se afigura a mais adequada ao restabelecimento da paz social ou, ao revés, ser ferramenta chave para uma gestão adequada da administração da justiça.

Podemos apontar ainda que o artigo 134 da CF estabelece:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, uma releitura do princípio da intervenção mínima, à luz da ingerência penal, permite afirmar que ela é necessária ao restabelecimento da paz social, defendendo-se os valores expressos na Constituição Federal, com participação ativa das instituições inerentes a uma eficaz gestão da administração da justiça, que não coincide com a pura e simples gestão do Poder Judiciário. O olhar integrado das instituições dá novo impulso social ao rompimento dos ciclos de violência traumatizantes advindos da prática delitiva.

1.5 Política criminal

A compreensão da política criminal na sociedade contemporânea comporta breve análise histórica. Costuma-se afirmar que direito penal e política criminal são duas faces da mesma moeda. Na adoção de estratégias político-criminais, deve-se reconhecer que a pena possui finalidade repressiva e preventiva, consoante as diversas correntes desenvolvidas, mas também reparatória e restauradora. Os meios adequados para a consecução dessas finalidades

são geridos primordialmente pelo titular da ação penal pública, que concentra ao mesmo tempo as prerrogativas inerentes à defesa da sociedade (arts. 127 a 129 da CF).

Direito penal e política criminal, consoante assinala von Liszt, são dois ramos do mesmo tronco, razão pela qual possuem relação de mútua dependência, pois "o crime não é somente uma ideia, mas um fato do mundo dos sentidos, um fato gravíssimo na vida tanto do indivíduo como da sociedade".[55]

Na visão do mestre alemão, o direito penal seria responsável por garantir a todos os cidadãos seus direitos pessoais. Ainda que a política criminal tivesse por finalidade a defesa da sociedade e a erradicação da delinquência, o direito penal seria "uma Carta Magna do delinquente, é dizer, funciona como limite à política criminal, no tocante aos meios de luta contra o crime que podem ser utilizados".[56]

A gestão do fenômeno criminógeno demanda a integração dos vetores fato, valor e norma. A dogmática penal se ocupa do direito penal como norma, a criminologia como fato e a política criminal como valor[57]. Sua concepção foi resgatada nas décadas de 60 e 70 do século passado por meio de movimentos que podem ser sintetizados nas seguintes frases: "adeus a Kant" e "retorno a von Liszt", abandonando-se o modelo meramente retributivo do direito penal.

---

[55] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1, p. 144.

[56] CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo*: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, cit., p. 7, nossa tradução.

[57] CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo*: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, cit., p. 14-17. José Higino Duarte Pereira acentua: "Nada obstante, o círculo dessa ciência é vastíssimo, pois *compreende não só os meios repressivos como os meios preventivos da criminalidade*, figurando no número destes, sob o título de *sostitutivi penali*, todas as medidas e institutos sociais que possam concorrer para a diminuição ou supressão de crimes, embora não tenham a criminalidade como objetivo. A sua sociologia criminal penetra em todos os departamentos e recantos da economia social, como mostra a enumeração por ele feita dos *sostitutivi penali.* Esta concepção decorre dos princípios fundamentais da escola lombrosiana. *A pena é um meio de defesa social* que não se distingue por seu caráter específico de qualquer outro [...] a insuficiência dos meios repressivos e preventivos da criminalidade, como sistema de defesa social, é devida sobretudo ao não conhecimento do criminoso." (PEREIRA, José Higino Duarte. Prefácio. In: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1, p. 33-34. Grifamos).

Von Liszt acentua o aspecto positivo da ingerência estatal, ao afirmar que o legislador deve, de um lado, se valer dos "juízos morais populares" propugnados por Merkl, mas jamais esquecer que "está em condições de dirigi-la e gradualmente formá-la".[58]

Na década de 80, houve a reabilitação do direito penal liberal, por meio da crítica ao intervencionismo radical com pretensões ressocializadoras e o repúdio ao abolicionismo, retornando-se aos ensinamentos de Kant e Hegel[59]. Porém, a petrificação da política criminal, por meio de garantias formais, tem sido o maior desserviço aos ofensores, vítimas e sociedade no século XXI, debaixo da cláusula limitadora da "necessidade e subsidiariedade da intervenção penal". Se de um lado não se pode admitir o populismo penal e a generalização do denominado "direito penal da emergência", não podemos prescindir da proteção e defesa dos direitos fundamentais da vítima e do ofensor, bem como ignorar o caráter diretivo de comportamentos do direito penal, em especial na implementação dos direitos fundamentais básicos previstos na Constituição.

A petrificação de garantias liberais em favor do autor do fato criminoso não sobrevive a uma análise histórica da ingerência penal durante a evolução da humanidade. Nos primórdios da humanidade, existia a vingança de sangue e, posteriormente, passou-se a um sistema de composição que era dirimido pelo árbitro, seguido pela criação do Estado e o estabelecimento de penas pelos juízes. A punição se dava não apenas em razão do indivíduo que sofreu as consequências do delito, mas por esse abarcar todo o corpo social. Com o surgimento do Estado, o árbitro tornou-se juiz e a manutenção da paz, antes como movimento inconsciente, tornou-se consciente e voluntário. A questão reside na *maneira como se exerce o poder punitivo*, uma vez que constitui um direito público por excelência em nosso Estado de Direito.[60]

A vida em um contexto globalizado cria novas relações e produz novos crimes. Nesse contexto, se inserem a necessidade do estabelecimento e punição dos crimes de perigo, tipos abertos e proliferação de condutas delitivas omissivas impróprias. Tal caráter vem também transformando a sanção legal, que antes era a privativa de liberdade por excelência, e agora se

[58] LISZT, Franz von, *Tratado de direito penal alemão*, cit., v. 1, p. 158.
[59] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María. (ed.). *Dogmática, política criminal y criminología en evolución*. Granada: Comares, 1997. p. 309-323.
[60] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 17.

multiplicam as hipóteses de penas alternativas aplicadas como substitutos eficazes ao cárcere. Isso nada mais é do que uma acomodação às novas relações jurídicas que surgiram nesse contexto globalizado ou na denominada sociedade da informação[61]. As mudanças que vem sendo operadas sobre o modo de proceder *in criminalibus* levam à necessidade de modernização do direito penal e do processo penal, de modo a permitir que o Estado proceda ao correto enfrentamento de constelações fáticas complexas, em especial nos casos em que a intervenção individual se confunde com o papel ou funcionamento de um grupo ou organização. Os desafios são múltiplos, tanto para a dogmática jurídica, como para a política criminal a ser adotada em um Estado de Direito, especialmente em contextos de crimes organizados.[62]

O direito penal é instrumento apto a provocar a mudança de comportamentos, razão pela qual deve ser colocado em pauta o seu aspecto positivo. Exemplos dessa máxima são a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), a injúria racial (art. 140, § 3°, do CP), a lei que prevê os crimes de preconceito ou discriminação racial (Lei n. 7.716/89), dispositivos que vêm ao encontro dos mandados de criminalização explícitos, contidos no artigo 5°, XLI, XLII, da CF.

O espaço de liberdade conferido ao indivíduo é limitado pelos outros círculos ou esferas jurídicas que compõem o todo social, e a violação dessas esferas é passível de imposição de pena, por expressa determinação constitucional. Os postulados de liberdade sempre devem ser confrontados com o direito fundamental à igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, que servem de diretrizes ao legislador e ao magistrado na aplicação da lei. Entendemos, com supedâneo no pensamento de Roxin, que os dispositivos

[61] "Estamos envolvidos por um período de transição tecnológica sem precedente na história da humanidade. As relações econômicas, financeiras, sociais, políticas e jurídicas são hoje determinadas, em sua maioria, por processos globais, em que culturas, economias e fronteiras nacionais são redimensionadas dia a dia. Pode-se dizer que esta vertiginosa mutação deu os primeiros sinais de sua presença na década de 90, quando o acesso à internet se tornou público. Passamos então a conhecer os reflexos da sociedade de informação. [...] Contudo, esta extraordinária invenção comunicativa do homem, como historicamente ocorre, também acabou sendo utilizada por mãos criminosas. [...] Resulta daí a chamada criminalidade transnacional, gerada pelo contexto globalizado em que vivemos, no qual a interdependência generalizada faz com que ações locais e singulares tenham consequências gerais, longínquas e inesperadas. É fato notório que a possibilidade de efetuar a movimentação de ativos financeiros, em tempo real e em escala mundial, segue impulsionada pelo dinamismo da crescente sofisticação dos meios de comunicação e dos artefatos cibernéticos. [...] Assim, a velocidade e a fluidez que caracterizam a criminalidade econômica tornam maiores os desafios e as dificuldades para enfrentá-la." (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29 e ss.).

[62] COUSO SALAS, Jaime; WERLE, Gerhard. Introducción. In: COUSO SALAS, Jaime; WERLE, Gerhard (dir.). *Intervención delictiva en contextos organizados*: Humboldt-Kolleg Santiago 2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 15.

penais visam não apenas a impedir e a punir determinados delitos, como também atuar na consciência jurídica do cidadão. A proteção estatal da vida, integridade física e propriedade fortalecem na população o respeito a esses valores. Nada há de problemático nessa modalidade de prevenção geral positiva.[63]

Roxin destaca que a legitimidade dos elementos legislativos simbólicos se revela pela finalidade de atuar na consciência da população, bem como manifestar determinadas disposições de ânimo. Porém, essa finalidade se encontra vinculada a sua necessidade de proteção da convivência pacífica em sociedade.[64]

No mesmo sentido, Silva Sánchez aduz que o direito penal é um conjunto de normas que se dividem em duas classes: normas primárias, que se dirigem aos cidadãos proibindo o cometimento de delitos, e normas secundárias, que são dirigidas aos juízes, ordenando-lhes a imposição de sanções penais nos casos de cometimento de delitos. Para o autor, é equivocado o pensamento de identificar as normas dirigidas aos cidadãos como "normas de cultura" prévias ao direito, pois o direito penal incide antes da existência da norma social. Ainda que se configure a preexistência de uma norma social, "o direito penal pode acolher esta norma, porém também pode regular essa matéria de modo parcialmente distinto ou inclusive optar por uma resposta contrária". A norma de cultura pode exprimir uma maior eficácia da norma penal, mas não constitui sua essência.[65]

Mutatis mutandis, a sociedade atual exige a criação de novas figuras criminais, para fazer frente às novas formas de criminalidade, desenvolvimento das figuras criminais clássicas (percepção de que o crime pode ser praticado por ação ou omissão, inexistindo razão plausível para o predomínio da primeira forma, em especial nos crimes dotados apenas de resultado jurídico) e modificação das penalidades que perdem dia a dia o seu caráter social e ganham um sentido utilitarista de colaboração no todo do corpo social (prestação de serviços à comunidade, prestações pecuniárias, em especial em crimes de grande vulto econômico, e reparação do dano como medida impeditiva ou atenuadora da pena, ou mesmo suspensiva do processo).

---

[63] ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 47.
[64] Ibidem, p. 48.
[65] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Aproximación al derecho penal contemporaneo*, cit., p. 516-517.

Essa evolução histórica é proporcional ao grau civilizatório de cada sociedade e, por conseguinte, diminuição da importância da intervenção estatal nas relações sociais. Daí falar-se em aproximação com o direito civil, mas não se pode esquecer que, na origem, o direito penal surgiu como um desdobramento daquele por razões eminentemente políticas e que visavam justamente ao fortalecimento do papel do Estado na vida dos indivíduos (dicotomia entre os *crimina publica* e os delitos privados dos romanos). No passado, tínhamos penas de morte, banimento, desterro e castigos corporais, que iam desde a imposição de trabalhos forçados e serviços militares, à mutilação de indivíduos.

Roxin aponta como exemplos desse fenômeno a *descriminalização de condutas* que possam ser combatidas por meios extrapenais menos gravosos e a *diversificação* (alternativas à condenação formal por um juiz em caso de criminosos não habituais); essa última somente seria "possível dentro de certos limites, ainda assim *sob a vigilância estatal*".[66]

Ao lado desse fenômeno, Roxin destaca que, ante a complexidade da sociedade atual, a tendência é a proliferação de incriminações, porém com penas mais suaves, pois "a força preventiva do direito penal não depende de dureza da sanção, e sim de o Estado reagir ou não de modo reprovador".[67]

Ao analisar a temática relativa aos outros meios de controle da sociedade, Silva Sánchez destaca a eficácia relativa do direito penal frente a esses, esclarecendo, todavia, que as normas penais "não se limitam a transmitir seu conteúdo como um dever genérico (ético-social), senão que expressam seu caráter de proibições ou mandados 'penais', isto é, reforçados pela ameaça de pena". A adoção de entendimento contrário ao caráter preventivo do direito levaria à própria abolição do sistema penal. A eficácia preventiva do direito penal encontra nos meios de comunicação social sua difusão social, o que explica o fenômeno da proliferação nos ordenamentos jurídicos de normas penais de caráter simbólico. Destaca Silva Sánchez que:

---

[66] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. rev., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. p. 13-15.

[67] "Apesar previsto aumento da criminalidade, as penas hão de tornar-se mais suaves." (ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 17).

> O caráter penal da norma alcança – ainda que seja por meios indiretos – a cidadania e produz nas consciências os efeitos políticos que o legislador pretende. É precisamente à constatada consecução de tais objetivos que está provocando a reiteração no recurso a essas leis.[68]

O princípio da mínima intervenção em matéria penal não equivale à ausência de ingerência, porém ela se pauta pelo princípio da máxima eficácia na eleição dos valores e interesses jurídicos tutelados pelo legislador e na sua aplicação pelos tribunais. Vincular a punição estatal a propósitos liberais garantidores tão somente da liberdade individual significa ignorar a forma de Estado adotada, a sua limitação pelos postulados igualitários (sexo, raça, opção sexual etc.), atribuindo ao crime uma ideia eminentemente artificial, que não resiste a uma análise criteriosa imposta pela realidade dos fatos.

Desde o século XIX, von Liszt alertava para a vinculação da lei aos ditames constitucionais, esclarecendo que "lei é a vontade da coletividade declarada pelo concurso dos fatores legislativos e publicada nos termos da Constituição"[69]. O enfrentamento dessas questões implica a própria sobrevivência do Estado e vem ao encontro da tutela dos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

A vontade da coletividade coloca em evidência que o papel do direito penal na sociedade atual é efetivar a proteção dos bens jurídicos coletivos, com supedâneo na matriz constitucional a que se vincula. Para Laufer:

> Com a superação da mentalidade puramente liberal, e com a emergência de princípios e valores eminentemente sociais, *o Direito penal passa a se preocupar com a proteção do homem "como membro de uma comunidade"*. Surge, então, o Direito penal secundário, voltado para Direitos sociais e para a organização econômica estatal. Os *bens jurídicos de caráter supraindividual*, que sempre existiram – porém, de forma menos evidente – passam a ser o centro das atenções dessa seara do Direito.[70]

A constatação da legitimidade do direito penal como instrumento diretor do comportamento dos cidadãos, visando à tutela de valores coletivos, tais como o meio ambiente e saúde pública, permite concluir que, ao lado da criação de novos tipos penais, seja

---

[68] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Aproximación al derecho penal contemporaneo*, cit., p. 520-521, nossa tradução.

[69] LISZT, Franz von, *Tratado de direito penal alemão*, cit., v. 1, p. 170.

[70] LAUFER, Cristian. *Da lavagem de dinheiro como crime de perigo*: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito) − Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 30-31. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/32225/R%20-%20D%20-%20CHRISTIAN%20LAUFER.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 set. 2018. Grifamos.

efetuada uma releitura dos bens jurídicos tutelados em nosso CP, para que sejam interpretados como bens jurídicos eminentemente coletivos, em verdadeira interpretação conforme a CF. Por exemplo, tradicionalmente a tutela da dignidade e liberdade sexual era disciplinada nos países ocidentais como ofensa à moral e bons costumes. Com a evolução da sociedade, a legislação codificada foi sendo alterada, de sorte que o nosso CP, no Título VI, passou a disciplinar a matéria como "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual" e seu Capítulo I como "Dos Crimes contra a Liberdade Sexual", consoante redação imprimida pela Lei n. 12.015/2009.

O que muitos não compreenderam foi o real sentido e alcance da referida alteração legislativa, limitando-se a uma interpretação da dignidade e liberdade sexual como pertencente a cada indivíduo individualmente (bem jurídico individual). Isso tem efeitos no tocante ao poder punitivo estatal, pois considerando apenas o aspecto individual dos bens jurídicos tutelados, o conceito de crime volta a se aproximar ao conceito de direito subjetivo e passa a ser objeto de disposição pelos sujeitos envolvidos na relação delituosa (já se fala em direitos indisponíveis transacionáveis).

Portanto, em última análise, passa-se a prescindir da própria ingerência estatal na regulação dessas relações, desconsiderando-se os reflexos para a comunidade diretamente atingida pela sua prática e a sociedade de um modo geral. Daí surgirem correntes abolicionistas e teóricos radicais da justiça restaurativa que preconizam a ausência de toda e qualquer atuação estatal.

Em sentido diverso, entendemos que sob a perspectiva da vítima, é possível ampliar a lente dos operadores jurídicos e sociais, ampliando-se o conceito de delito, para que compreenda o injusto penal restaurável. Parte-se da concepção de que o fato jurídico restaurável utiliza princípios e valores restaurativos da ciência penal, o que implica o reconhecimento da falência da justiça restaurativa tradicional.[71]

Ao contrário de reduzir a ciência penal a mera análise analítica dos elementos do delito (injusto penal e injusto culpável), a adoção do conceito de injusto restaurável permite considerar o fato jurídico praticado de forma multifocal e compreensiva do delito, conflito,

[71] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 17.

violência e trauma. Parte-se da necessidade da mudança das pessoas envolvidas em um conflito para que se possa obter as mudanças sociais almejadas.

Por tal razão consideramos equivocado valer-se de fórmulas do passado, tais como "presunção de violência", sendo preferível, por exemplo, adotar-se a fórmula da *vulnerabilidade,* por ser mais ampla e corresponder de forma mais adequada aos anseios da sociedade de humanização do tratamento conferido às vítimas de delitos. A inversão metodológica do foco de intervenção desloca a análise das correntes positivistas, pautadas eminentemente no estudo do delinquente e formas de delinquência, para o estudo da vítima e formas de vitimização.

Entende-se por vulnerabilidade o componente (explícito ou implícito) de um sistema ou situação de fato, em correspondência com a qual as medidas psíquicas de proteção da vítima estão ausentes, permitindo que o agressor comprometa seu nível de segurança física, psicológica, sexual e social. A vulnerabilidade pode ser individual ou coletiva, conforme a situação fática apresentada se refira a comportamento isolado, comunidade ou grupo de vítimas. A título de exemplificação, pode-se mencionar os comportamentos de natureza sexual que comprometem o sistema psíquico individual ou da comunidade de referência, reduzindo ou eliminando o nível de proteção inerente a todos os seres humanos.[72]

Nesse sentido, ao prever no Título VI, Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, e no Capítulo I, Dos Crimes contra a Liberdade Sexual, o legislador pátrio tutela não apenas a liberdade sexual individual, como também a coletiva. Tratando-se de bem jurídico de natureza coletiva, é irrelevante se perquirir sobre eventual consentimento da vítima, uma vez constatada a situação de vulnerabilidade coletiva, como, por exemplo, nos casos em que o delito seja praticado em contexto religioso, diretamente por seus líderes ou outros membros da comunidade.[73]

Tal raciocínio pode ser aplicado na tutela de outros bens jurídicos, como pondera Barros:

---

[72] SANTOS, Celeste Leite dos. *Da imprescritibilidade dos delitos contra a liberdade sexual nos casos de vulnerabilidade coletiva*. Clipping MPD – Estadão, de 27 dez. 2018. Disponível em: https://mpd.org.br/clipping-mpd-estadao-artigo-da-imprescritibilidade-dos-delitos-contra-a-liberdade-sexual-nos-casos-de-vulnerabilidade-coletiva/. Acesso em 10 fev. 2019.

[73] Ibidem.

> Ante o aumento da complexidade social, que é acompanhado palmo a palmo pelo aumento da complexidade econômica e política, não apenas o delito de "lavagem", mas outros bens jurídicos invadiram o modelo clássico-liberal do Direito Penal. E este, forjado em antigas estruturas, não demonstra estar preparado para o controle da criminalidade globalizada. [...]. Não basta dizer que os bens tutelados se limitariam à proteção da estabilidade da moeda nacional ou à credibilidade econômico-financeira do país, ou ainda, à preservação da saúde das finanças públicas e privadas produzidas pela nação. Soma-se a isso um universo formado pelo conjunto de direitos e interesses que transitam na órbita dos sistemas econômico e financeiro de outros Estados com os quais o Brasil mantém relações internacionais de cooperação mútua, haja vista a característica transnacional dessa modalidade criminosa, a qual se encontra em desenfreada expansão global.[74]

Portanto, a adoção de política criminal abrangente da perspectiva da vítima deve levar em conta o seu grau de vulnerabilidade econômico, social e cultural. Entendimento diverso levaria à sua desproteção e, por via oblíqua, verdadeiro estímulo à prática delitiva. Isso implica necessariamente a releitura dos bens jurídico-penais como essencialmente coletivos, sob pena de se legitimar, por exemplo, que toda imputação penal se concentre na análise do risco envolvido. Nessa linha de raciocínio, a autocolocação em perigo pela vítima excluiria a responsabilidade penal.

1.6 Limites à ingerência penal

Falar em controle da ingerência penal significa discutir os limites à intervenção estatal, face ao direito à liberdade dos indivíduos. Desde já cumpre consignar que temos como limite mínimo o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CF). Tal proteção pode ser conferida em nível procedimental, por meio do respeito às garantias estabelecidas, mas jamais pode servir de escudo para impedir a criação de novos tipos penais ou de aplicação sistêmica dos tipos penais clássicos, desde que não comportem violação direta aos princípios da legalidade e subsidiariedade[75] (medidas sociais menos gravosas que visem a impedir danos sociais).[76]

---

[74] BARROS, Marco Antonio de, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., p. 29 e ss.

[75] "O princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, cuja idoneidade para limitar o poder estatal de punir é não raro questionada, é muito bem capaz de fazê-lo, se ele for deduzido das finalidades do direito penal e a proteção dos direitos humanos fundamentais e de liberdade for nele integrada. É verdade que não surgirão daí soluções prontas para o problema de legitimação de tipos penais, mas ter-se-ão linhas de argumentação bastante concretas, que podem auxiliar que se impeça uma extensão das faculdades de intervenção do direito penal em contrariedade à ideia de estado de direito." (ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 53).

[76] "Na Alemanha, a finalidade do direito penal aqui exposto, da qual já derivam na maior parte dos casos os seus limites, é caracterizada pela 'proteção subsidiária de bens jurídicos'. São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e igualdade; e subsidiariedade significa a preferência por medidas sociopolíticas menos gravosas. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais." (ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 35).

Há os que apontam que o bem jurídico constitucional constituiria limite a toda ingerência penal do Estado na vida dos indivíduos. A esse respeito, Bricola assinala que a sanção penal apenas pode ser imposta na hipótese de violação de bem da mesma importância relativa ao valor sacrificado (liberdade pessoal), ou que ao menos seja dotado de relevância constitucional.[77]

Cunha destaca que os bens jurídicos constitucionais são não apenas instrumento orientador do Poder Legislativo, mas força "vinculante" limitadora do poder punitivo estatal[78]. Por sua vez, Ponte destaca que os valores constitucionais constituem diretriz ao legislador ordinário, não havendo uma relação de vinculação absoluta, sendo esses os verdadeiros limites à ingerência penal.[79]

Cuesta Pastor assinala que o objeto da proteção penal se destina aos bens contidos de forma implícita ou explícita na Constituição. Isso não implica impedimento ao reconhecimento de outros bens penais passíveis de tutela pelo legislador:

> [...] existem outro tipos de bens que são objeto de proteção penal, ainda que não tenham reconhecimento constitucional. Essa classe de bens deve estar ligada a um valor constitucional, por uma pressuposição necessária. De tal forma que, a lesão do primeiro seja necessariamente idônea para pôr em perigo o segundo. É o que Mantovani [...] denominou de delito obstáculo. Porém essa técnica de criminalização antecipada somente pode ser posta em prática em relação a bens jurídicos primários. É dizer, sua justificação se dá pela importância do bem jurídico remotamente afetado, através da lesão de outro bem conectado com aquele.[80]

A ingerência penal é condicionada por dois aspectos: positivo, ao estabelecer a Constituição o conteúdo material *mínimo* dos bens jurídicos protegidos cujo desenvolvimento deve ser realizado pelo Poder Legislativo; negativo, não podendo ser acolhidos bens jurídicos *incompatíveis* com os valores constitucionais (*v.g.* a criminalização do relacionamento afetivo de pessoas do mesmo sexo).

---

[77] BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *In*: NOVISSIMO Digesto Italiano. Turim: UTET, 1973. v. 19, p. 39-41.

[78] CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva de criminalização e descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 112.

[79] "A Constituição Federal atua como limite negativo do Direito Penal, posto que será admitida toda criminalização que não atente contra o texto constitucional. Destarte, não é necessário que a Constituição tenha eleito um determinado bem jurídico como passível de proteção, para que haja necessidade de previsão na lei penal. A eleição de bens jurídicos passíveis de proteção penal pode ser realizada aleatoriamente, desde que os valores constitucionais tenham sido preservados." (PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 164).

[80] CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo*: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, cit., p. 11, nossa tradução.

A teoria constitucional do bem jurídico tem por pressuposto que alguns bens jurídicos possuem relevância constitucional. A CF de 1988, assim como na maior parte dos países democráticos, possui uma dogmática especial no que concerne aos seus *princípios fundamentais* (arts. 1° a 4° da CF), que predominam sobre todo o seu conteúdo, podendo-se falar em verdadeira hierarquia desses princípios sobre os demais dispositivos insculpidos na Carta Magna. A prova disso é que o próprio artigo 5°, parágrafo 2°, da CF estabelece:

> Art. 5°. [...]
> § 2°. Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e *dos princípios por ela adotados*, ou dos princípios que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifamos).

Tal análise permite concluir, com Martínez Sospedra e Aguiló Lúcia, pela existência de "inconstitucionalidade de normas constitucionais"[81], especialmente as derivadas do poder reformador. Nessa linha de raciocínio, o artigo 1° da CF estabelece:

> Art. 1º. A *República Federativa do Brasil*, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, *constitui-se em Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.

O artigo 3° da Carta Magna, ao estabelecer entre os objetivos da República Federativa do Brasil a *promoção do bem de todos*, determina a obrigatoriedade de adoção de políticas criminais preventivas, que abranjam tanto o vergastado fenômeno da deliquência, mas sobretudo a adoção de políticas preventivas da vitimização. Tal objetivo é impositivo em relação à tão propalada garantia procedimental liberal.

Da mesma forma, o artigo 4° da CF estabelece como princípio a *defesa da paz* que, em última análise, corresponde ao próprio pacto social firmado com os cidadãos. Ao adotar o *princípio da solução pacífica dos conflitos*, denota que as soluções contratuais em que há a primazia da autodeterminação dos indivíduos prevalecem sobre as soluções heterocompositivas, razão pela qual o Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou as

[81] MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; AGUILÓ LÚCIA, Luís. *Lecciones de derecho constitucional español*: la constitución. Valencia: Fernando Torres Editor, 1981. v. 1, p. 84 e ss.

hipóteses em que o *Parquet* pode propor aos envolvidos outras alternativas à instauração da lide penal (Res. n. 181/2017 do CNMP).

Santos, ao analisar o caráter contratual do instituto da mediação de conflitos, destaca que tal comando constitucional contém como postulado a expressão do dever de boa-fé, possuindo o condão inclusive de assegurar a igualdade entre as partes (vítima e ofensor). Por meio da solução pacífica de conflitos, se visa a comunicar as informações pertinentes, com o escopo de fazer emergir o consenso que, no caso da prática delitiva, consistiria na criação de espaços de reconciliação que abranjam os valores verdade, compaixão, justiça e paz, prevalecendo esse último sobre os demais.[82]

Em outras palavras, o processo penal é apenas uma das construções racionais possíveis para tratar o fenômeno delitivo. A ciência penal deve encontrar outras soluções, dentro de sua sistemática própria, visando a garantir o pacto social firmado.

Tomando-se por ponto de partida os valores e bens constitucionais como instrumentos limitadores da ingerência penal, extrai-se ainda o caráter fragmentário do direito penal, de sorte que quando possível dirimir o conflito por intermédio de outros ramos do direito, a ingerência penal será incabível.

A esse respeito, Roxin aponta três alternativas à ingerência penal: (i) pretensões de indenização de direito civil; (ii) medidas de exercício de poder de polícia; (iii) utilização de medidas de descriminalização, com imposição de pena pecuniária, *in verbis*:

> [...] três alternativas para a pena criminal. A primeira consiste em pretensões de indenização de direito civil, que, especialmente em violações de contrato, bastam para regular os prejuízos. A segunda alternativa são medidas de direito público, que podem comumente garantir mais segurança que o direito penal em casos, p. ex., de eventos e atividades perigosas: controles, determinações de segurança, revogações de autorizações e permissões, proibições e mesmo fechamento de empresas. A terceira possibilidade de descriminalização está em atribuir ações de lesividade social relativamente reduzida a um direito de contravenções especial, que preveja sanções pecuniárias ao invés de pena.[83]

---

[82] SANTOS, Celeste Leite dos. *Mediação para o divórcio*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 44 e ss. De outra parte, nem se alegue que a CF também adota como objetivo a não intervenção, pois esta se relaciona à intervenção do Estado na atividade econômica, mas não a postulados de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito previsto na Carta Magna (liberdade e igualdade são autorreferentes e se condicionam mutuamente, estando ambas atreladas ao princípio da solidariedade).

[83] ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 53, nossa tradução. Na Alemanha, essa figura é denominada de "contraordenações".

A essa visão roxiana cumpre acrescentar como quarta alternativa a integração da visão restauradora, que abrange os elementos não mensuráveis economicamente, a fim de reestabelecer o equilíbrio do tecido social violado.

Não se pode perder de vista que o controle estatal de per si atribui segurança jurídica, pois a discriminação social pode ser pior que a discriminação estatal. Para Roxin:

> Libertar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos).[84]

Há que se diferenciar a ingerência estatal que ofende os direitos de personalidade dos indivíduos e, portanto, violam um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana, e a esfera em que o Estado possa atuar visando a prevenir a prática de infrações penais e, assim a necessidade de reprimir as infrações penais praticadas.

Nos espaços públicos, entende-se que através dos órgãos de segurança pública pode-se combater de forma eficiente diversas formas de criminalidade, devendo essa atuação ser limitada em casos especialíssimos, e com decisão judicial fundamentada, na seara da vida privada e intimidade dos indivíduos.[85]

---

[84] ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 5. Em sentido diverso, Turessi aponta: "Entretanto, se por um lado a exclusiva e tradicional tutela penal de bens individuais mostra-se insuficiente para o enfrentamento dos (novos) riscos sentidos em uma sociedade pós-industrial, marcada pelo aumento da complexidade das relações sociais e pelo anonimato nas relações interpessoais, força é convir que, de outro vértice, a desmedida identificação de bens jurídicos-penais coletivos que sejam extremamente vagos para justificar *a ingerência penal* de condutas claramente inofensivas ao corpo social também se revela desarrazoada. Dessa forma, o reconhecimento dos bens jurídicos-penais coletivos deve se dar de maneira recíproca e complementar aos bens jurídicos individuais 'resultando artificial e inoperante, *además de peligrosa, cualquier concepción que se estableza com total independencia de aquéllos*'." (TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos*: proteção penal, fundamentação e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015. p. 107-108. Grifamos).

[85] Nesse sentido: "A limitação à esfera privada e íntima que um sistema de vigilância traz consigo não é de modo algum ilimitadamente permitida num Estado de Direito Liberal. Se, p. ex., toda a esfera privada dos suspeitos, até seu dormitório, for submetida a vigilância acústica e ótica, retira-se dessas pessoas, entre as quais se encontrarão necessariamente vários inocentes, *qualquer espaço em que possam construir suas vidas livres de ingerência estatal*, atingindo-se, assim, o *núcleo de sua personalidade*. Isso seria um preço demasiadamente caro, mesmo para um combate eficiente ao crime". [...] Mas, pelo contrário, parece-me justificado que uma incessante vigilância, através de câmera ou a presença policial controlem instalações públicas, ruas e praças nas quais se saiba ocorrerem ações criminosas, bem como que rondas policiais protejam moradias privadas do perigo de arrombamento. Os direitos da personalidade não são seriamente restringidos, pois *qualquer um que apareça em público se submete à observação por outras pessoas*." (ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 6-9, grifamos).

Em matéria de criminalidade econômica, Roxin propugna a inexistência de violação aos direitos da personalidade, caso houvesse a obrigação das instituições financeiras revelarem movimentações financeiras, pois "todos já são, por motivos fiscais, obrigados a revelar seu patrimônio ao Estado"[86]. Com os avanços em matéria de inteligência artificial, tal ferramenta seria extremamente útil no combate da criminalidade organizada e eventuais práticas de lavagem de dinheiro. Assim, os bens jurídicos coletivos seriam "imprescindíveis ao funcionamento das engrenagens sociais, daí o seu fundamento e legitimidade".[87]

As normas jurídicas estatais são antes de tudo um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, inclusive por meio de mandados de criminalização expressos e implícitos e, portanto, consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não é possível conceber-se a sociedade atual sem o recurso a ingerência penal, enquanto instrumento garantidor da vida, liberdade e igualdade de todos os indivíduos.

Entende-se por dignidade da pessoa humana legitimadora da ingerência penal toda aquela que busque a coexistência pacífica e atenda ao postulado kantiano de proibição de instrumentalização do homem, pois "um homem nunca deve ser tratado por outro homem

---

[86] ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 9. Entretanto, em medida liminar, o ministro Dias Toffoli, com base no artigo 1.035, parágrafo 5°, do CPC, reconheceu a repercussão geral do feito submetido à apreciação e determinou "a paralisação do trâmite de todos os feitos, em todas as instâncias e fases, que versassem sobre questões semelhantes àquelas em discussão [...] o responsável pela relatoria do paradigma determinará, sim, o sobrestamento; não o fará, contudo, por obrigação decorrente de lei, mas de acordo com o seu juízo de necessidade e de adequação, observando os argumentos apresentados pelas partes do feito, tudo no contexto de sua competência jurisdicional. [...] O assunto corresponde ao tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão, que se encontra assim ementado: Constitucional. processual penal. Compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do Poder Judiciário. Transferência de informações em face da proteção constitucional da intimidade e do sigilo de dados. Art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público. Tema com repercussão geral. Feito esse registro, anoto que as razões escritas trazidas ao processo pelo requerente agitam relevantes fundamentos, que chamam a atenção para *situação que se repete nas demandas múltiplas que veiculam matéria atinente ao Tema 990 da Repercussão Geral*, qual seja, as balizas objetivas que os órgãos administrativos de fiscalização e controle, como o Fisco, o COAF e o BACEN, deverão observar ao transferir automaticamente para o Ministério Público, para fins penais, informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional da intimidade e do sigilo de dados (art. 5°, incisos X e XII, da CF). Portanto, a depender do que se decidir no paradigma da controvérsia, o risco de persecuções penais fundadas no compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público, sem o adequado balizamento dos limites de informações transferidas, podem redundar em futuros julgamentos inquinados de nulidade por ofensa às matrizes constitucionais da intimidade e do sigilo de dados (art. 5°, incisos X e XII, da CF). [...] De mais a mais, forte no poder geral de cautela, *assinalo que essa decisão se estende aos inquéritos em trâmite no território nacional*, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle que *vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais*, consoante decidido pela Corte (*v.g.* ADIs ns. 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, j. 24.02.2016, *DJe*, de 21.10.2016)." (STF− RE n. 1.055.941/SP).

[87] TURESSI, Flávio Eduardo, *Bens jurídicos coletivos*: proteção penal, fundamentação e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização, cit., p. 108.

como meio, mas também como fim". Nessa perspectiva, o direito penal só tem por finalidade evitar lesões a outros. Assim, autoexposições a perigo, desde que ausente situação de vulnerabilidade, estão fora da seara legitimadora passível de ingerência penal.[88]

A esse respeito, von Liszt preceitua:

> Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz. [...] Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade e vice-versa. Onde há vida há vontade de manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos inúmeros, os círculos da vontade humana tocam-se e cruzam-se, colidem as esferas em que os homens exercem a sua ação. A essas relações corresponde ao interesse de cada uma ação ou inação de outrem, quando a ação ou inação tem importância para a própria eficiência. [...] Para que não prorrompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a circunscrição da eficiência de cada um, a proteção de certos interesses e a não proteção de certos outros.[89]

Prossegue o penalista, concluindo que:

> O direito extrema os círculos da eficiência de cada um; [...]; converte as relações da vida em relações jurídicas, os interesses em bens jurídicos. [...] A proteção que a ordem jurídica dispensa aos interesses é *proteção segundo normas (Normenschutz).* O bem jurídico e a norma são, pois as duas ideias fundamentais do Direito. [...] Mas o direito não é somente uma ordem de paz, senão também, e segundo sua íntima natureza, uma *ordem de combate*. Para preencher o seu fim o direito precisa de *força,* que curve as vontades individuais relutantes. *Por trás da ordem pacífica das relações da vida, está o Poder Público*, o qual dispõe da força necessária para reduzir os recalcitrantes à obediência de suas normas e tornar uma realidade, onde se fizer mister, a lógica ligação entre o fato e seus efeitos jurídicos. Um novo momento manifesta-se assim na ideia do direito, a *coação* [...].[90]

De outra parte, a *iusticia* pressupõe: a) *proporcionalidade*: entre os fatos e as consequências; entre o que se dá e o que se recebe, o que se exige e o que se presta; entre os delitos e as penas; e na distribuição dos direitos e deveres correlativos. Dante consagrou-a na forma lapidar: "*hominis ad hominem proportio*" (proporção do homem para o homem); b) *igualdade*: resulta da proporcionalidade que implica o tratamento igual de casos iguais e desigual do que é diferente.[91]

---

[88] Em sentido similar: ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 39-40. Destaca-se que o autor não apresenta a vulnerabilidade como limitadora da aplicação da máxima da autoexposição a perigo como forma de exclusão da imputação objetiva (nexo de causalidade). Porém tal ótica de cunho individualista não pode se sobrepor a um direito penal voltado eminentemente à tutela de bens jurídicos coletivos.

[89] LISZT, Franz von, *Tratado de direito penal alemão*, cit., v. 1, p. 139-141.

[90] Ibidem, p. 140-142, grifamos.

[91] ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade*: introdução à jurisprudência. Colaboração de Eduardo Vera Cruz. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 15.

Sem pretender esgotar todos os desdobramentos respectivos, passamos a analisar brevemente as principais objeções à ingerência penal no âmbito dos crimes omissivos impróprios. A respeito desse instituto, tomar-se-á o sentido de ingerência penal também como a ausência de intervenção do sujeito ativo do delito omissivo impróprio, quando deveria fazê-lo, de acordo com os critérios expostos a seguir.

1.7 Os omissivos impróprios como fonte de ingerência penal

Desde o Iluminismo, o estudo das omissões criminosas gerou confusão e dificuldades. De um lado, a noção de crime está associada intuitivamente à prática de um ato nocivo e, do ponto de vista físico, sempre pareceu estranho dizer que, diante de uma falha em agir (*non facere*), se estaria cometendo um dano. Mesmo com dificuldades teóricas de justificação, a doutrina sempre foi pródiga em exemplos que atestam sua existência. Os exemplos clássicos são: a) o da mãe que deixa seu filho morrer de fome porque omitiu o seu dever de amamentá-lo; b) o vizinho que permite que o seu gado danifique a propriedade alheia. Mesmo nesses casos, surgem problemas como, por exemplo, se caberia a punição a título de tentativa. Em caso positivo, isso não equivaleria a punir meras ideias ou pensamentos? Alguém pode ser considerado partícipe por não prevenir um crime se pudesse fazê-lo?[92]

[92] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Criminal omissions: a european perspective. *New Criminal Law Review*, v. 11, No. 3, p. 419-451 e ss., Aug. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/240761653_Criminal_Omissions_A_European_Perspective. Acesso em: 18 set. 2018. Prossegue o autor: "A questão das omissões no direito penal foi abordada sistematicamente pela primeira vez por Feuerbach no início do século XIX. As teorias do delito omissivo concentram-se em duas questões importantes: a) omissões que geram responsabilidade por resultado e omissões que não geram responsabilidade criminal ou apenas geram responsabilidade por um delito genérico e menos grave do bom samaritano decorrente do dever genérico de não prestar ajuda; b) identificação das circunstâncias nas quais é possível afirmar que uma omissão realmente causou um resultado. Essas duas questões fornecem duas maneiras de compreender a teoria da omissão e, como tal, apontam para duas respostas punitivas distintas. Dessas premissas cumpre indagar quais são as características das omissões puníveis, em oposição aos incautos não puníveis? Paul Johann Anselm von Feuerbach, em seu *Textbook of Criminal Law*, destaca que uma ofensa pode ser considerada um crime de omissão quando outro sujeito tem o direito a uma real externalização de nossa atividade [...] Entretanto, [...] um crime de omissão sempre pressupõe uma base jurídica especial (contrato legal) em que se baseia o dever de agir. Sem a existência desse dever especial, ninguém pode ser punido por omissão." (Ibidem, p. 419-451, nossa tradução). No mesmo sentido, Tavares aponta que a omissão, "embora concebida como delito autônomo desde o século XVI, seu grande passo dogmático somente começa a se manifestar sob um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se manifesta uma regra geral da omissão e, em face da diversidade normativa, se procede à distinção entre delitos que resultam da violação da proibição e delitos sedimentados sobre a infração de um comando" (TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 30-31). As Ordenações Filipinas de 1603 contemplam alguns delitos omissivos nos títulos XII, 6; XIII, 5; LXII, 4, 5 e 6. A maioria desses delitos está vinculada a deveres de denunciar fatos à autoridade pública. O Código Brasileiro de 1830, em seu artigo 2°, parágrafo 1°, acolhia genericamente a omissão como modalidade de conduta punível ("toda ação ou omissão contrária à lei penal"). O Código Penal da Bavária, Alemanha, previa em 1813: "quem realizar uma ação ou omissão proibida à qual a lei comine determinada consequência danosa, deve submeter-se a essa consequência punitiva". Tavares esclarece: "Esses contributos legislativos têm, entretanto, seus antecedentes no *Codex Juris Bavaciri*

Para Tavares, a questão atinente aos delitos omissivos pertence não apenas à dogmática penal, mas também ao *poder normativo e interventor do Estado* e, por seu turno, à ordem social nacional, à sociedade globalizada e, principalmente, aos preceitos de garantia que envolvem a formação social efetivamente democrática e humanista[93]. Na sua acepção:

> [...] poder-se-ia dizer que os delitos omissivos estão em crise, não de eficácia, mas em crise de validade e de legitimidade. [...] Se a crise diz respeito à antinomia entre os preceitos jurídicos incriminadores e a proteção de direitos da pessoa, sua repercussão na dogmática penal só pode ser representada pelas divergências quanto ao discurso legitimador. A questão jurídica, portanto, que na base do panorama de crise se situa em determinar como se procede, primeiramente, à unificação e, depois, à diferenciação entre *ação* e *omissão*.[94]

Dentro dessa perspectiva, não se deve diferenciar ação e omissão como modalidades de conduta, mas focar a análise da estrutura da norma (proibitiva ou mandamental). Recentemente, tem-se entendido que as normas penais não são puramente proibitivas ou mandamentais, mas proibitivas e mandamentais ao mesmo tempo, sob pena de não protegerem suficientemente o bem jurídico[95]. Assim, "a norma jurídica compõe um conjunto

---

Criminalis de 1751, na *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768 e *no Allgemeines Landrecht* dos Estados Prussianos de 1794, os quais já previam que os delitos poderiam ser cometidos por ação ou omissão. [...] Apesar desses precedentes, que dão a entender que a omissão poderia constituir, juntamente com a ação, uma forma de conduta, a adoção de uma regra geral de omissão não decorre, entretanto, de imposição legislativa ou de uma exegese meramente declarativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, como forma de justificação do poder punitivo. O discurso dogmático somente poderia alcançar seus objetivos sedimentares da ordem se pudesse estabelecer um denominador comum para todas as formas de manifestação do delito. Com isso poderia reduzir complexidades e também demonstrar a existência de um fundo de verdade nas normas incriminadoras. O processo de justificação, por isso mesmo, deve ser apresentar de modo racional, às vezes endossando, outras vezes corrigindo os defeitos da legislação" (Ibidem, p. 32).

[93] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 28.

[94] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 30. Nesse sentido, Winfried Hassemer pondera se a punibilidade da omissão não seria "um pré-moderno e autoritário *direito penal de controle*, que não dá sossego as pessoas, em franca oposição a um ordenamento jurídico liberal e humano? O direito penal moderno responderia que isso é assim, porque, atualmente, não mais vivemos e sentimos de forma particular e individual [...] existem situações que o nada fazer tem a mesma relevância normativa do que a ação que viola um bem jurídico, como no caso do homicídio. Mas isso [...] não vale para qualquer omissão; algo, por exemplo, como uma especial proximidade entre autor e vítima, como aquela entre pais e filhos, ou uma especial vulnerabilidade da vítima, deve ser o pressuposto de uma punibilidade. [...] há um equivalente funcional para a causalidade que limite a responsabilidade pela omissão de forma tão coerente como ocorre na ação? [...] uma equiparação e uma diferenciação sustentável e convincente, sob o aspecto político criminal, da lesão por ação e omissão é extraordinariamente difícil" (HASSEMER, Winfried, Prefácio. *In*: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos.* São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 11-12).

[95] Prossegue Tavares, baseando-se nos ensinamentos de Bacigalupo: "No momento em que dissermos que a norma mandamental é aquela simplesmente que impõe uma atividade, contentamo-nos em dizer que aquele que se encontre em inatividade viola a norma mandamental. Mas aquele que se encontre em inatividade, embora viole a norma mandamental, não é o único a fazê-lo. Também viola a norma mandamental aquele que pratique outra atividade que não a que a norma determina. Portanto, a norma mandamental, ao mesmo tempo que impõe uma atividade, proíbe outra. Da mesma forma, a norma proibitiva. Ao mesmo tempo que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, um respeito à vida humana. Isto está implícito na norma proibitiva. E nem teria sentido a proteção de bem jurídico através exclusivamente da proibição, um dever geral de obediência, pois seria absolutamente inócua. Isto não quer dizer, porém, que nos *crimes comissivos* subsista um dever geral de obediência. A atividade positiva que resulta da proibição será aquela necessária a proteção do bem jurídico, na medida em que o sujeito se tenha decidido a empreendê-la." (TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 37, grifamos).

de proibições e comandos, num mesmo contexto, como forma de ampliar os limites de proteção do bem jurídico".[96]

1.7.1 Posicionamentos sobre o crime omissivo

Radbruch subdividiu a conduta em ação e omissão (relação de A e não-A), constituindo critérios desvinculados, razão pela qual o correto seria falar-se em elementos do delito como ação ou omissão antijurídica e culpável:

> A ação em sentido genérico era a ideia máxima do sistema, todas as outras eram apenas predicados, que complementavam a ideia principal. Agora o sistema foi dividido em duas ideias desvinculadas: Ação e Omissão, e com isso faz-se necessário duplicar-se também todas as outras ideias do sistema, como predicado da ação e como predicado da omissão. O sistema foi dilacerado em duas partes [...]. O delito deve agora ser definido como uma ação ou omissão antijurídica e culpável.[97]

De forma diversa, Welzel sustenta que os crimes de omissão são *tipos de imposição*, ao contrário dos crimes comissivos, que são *tipos de proibição*. Os delitos impróprios de omissão seriam a "concretização de tipos de comissão via meio-omissão"[98]. Desse modo poder-se-ia cogitar de uma unidade conceitual da conduta, sob o ponto de vista normativo.[99]

Costuma-se apontar três critérios para diferenciar a ação e a omissão, de forma conjugada ou não: a) energia (Engish, no sentido de movimento corpóreo); causalidade (Jescheck); c) proteção do bem jurídico (critério axiológico). Isoladamente, todos os critérios são insuficientes para dirimir a questão, à luz do princípio da legalidade, uma vez que cada caso será valorado pelo magistrado no caso concreto. A esse respeito, Tavares destaca:

> Na *omissão,* como a violação do bem jurídico não resulta de um contraste direto entre o *proibido* e o *permitido*, mas da não execução daquilo que era determinado ao sujeito, a contradição entre o comportamento do sujeito e a norma radica em outro suposto, que é a vinculação de proteção entre o sujeito e o bem jurídico. Assim, desde que se identifique no caso concreto uma situação em que a proteção do bem jurídico não está situada no *modo* da conduta, mas na relação de dever para com o sujeito, estaremos diante de um quadro de omissão. Esta relação para com o sujeito é o que assinala o conteúdo axiológico da omissão e a diferencia da comissão. [...] Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a

[96] TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 38.
[97] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 21. A autora sustenta que é impossível atribuir unidade conceitual a ação e omissão, seja da perspectiva naturalística, ontológica, axiológica e normativa, diferenciando-se as figuras pelo critério do movimento corporal.
[98] WELZEL, Hans. *Direito penal.* Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Editora Romana, 2003. p. 290.
[99] PASCHOAL. Janaina Conceição, op. cit., p. 32. A autora aparta-se dos critérios da licitude e relevância para diferenciar os delitos de ação e omissão.

> questão, sem sacrificar alguns postulados do Direito Penal. A solução não parece encontrar-se num critério único, senão em duas possibilidades: ou na conjugação do ponto de gravidade com o critério da causalidade, revitalizado pela teoria moderna, ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato.[100]

Conclui-se, na linha de Tavares, que o melhor critério de diferenciação entre a ação e a omissão é o axiológico. Nos delitos dolosos decorrerá de um dever geral de assistência ou de impedir o resultado, ao passo que nos culposos dar-se-á da omissão a uma norma de cuidado. As tentativas de demonstração da subsistência da relação causal são insolúveis, sendo deficiência de todas as teorias do delito.[101]

1.7.2 Nexo de causalidade

O nosso Código Penal adota, em seu artigo 13, *caput*, a teoria da condição, nos seguintes termos:

> Art. 13. O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria acontecido.

Portanto, para a caracterização do nexo de causalidade, procede-se ao juízo de eliminação hipotética do resultado. Tanto para a ação como para a omissão, essa relação é problemática, uma vez que o juízo que se efetua é de probabilidade. No caso da omissão, o correto seria a eliminação da ação que o sujeito deveria praticar, porém ela se situa no plano da hipótese.

Welzel contenta-se com a *probabilidade* de evitar o resultado, para fins de realização do nexo causal. Ao lado desse juízo de probabilidade, ele salienta a necessidade da posição de garante e da conexão com o elemento subjetivo da ação (dolosa ou culposa). O nexo causal seria apenas uma conexão mental lógica, sendo a vontade "um fator de formação consciente do objeto do futuro".[102]

Nessa perspectiva, "a omissão não pode 'causar' nada no sentido naturalista, mas a vontade como fator de uma formação finalista do futuro pode acarretar uma formação

[100] TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 48-50.
[101] Ibidm, p. 60-61.
[102] WELZEL, Hans, *Direito penal*, cit., p. 296.

determinada de realidade, por intermédio do deixar acontecer as séries de evolução a ele confiadas"[103]. Ainda que presentes todos esses requisitos, em razão da natureza normativa do nexo de causalidade, não seria possível a atribuição de responsabilidade.

Tavares considera que inexiste omissão sem violação do dever de agir, aduzindo que:

> A deficiência da teoria finalista reside na sua base, de conceber a omissão dentro da categoria do ser, quando esta só pode verdadeiramente ser retratada se vinculada a um dever de agir. [...] com Welzel, com a adoção de uma atividade final, que efetivamente não se realizou, mas podia realizar-se, quer dizer, a finalidade deixa de ser real e passa a ser potencial.[104]

De acordo com o penalista, toda tentativa de superação da teoria da equivalência dos antecedentes causais é falha, pois "toda teoria causal é falha, porque trabalha sobre juízos de probabilidade e não de certeza. Se a incerteza se torna a regra, fica, assim, mais difícil de ajustar-se o conceito de omissão, como inatividade, ao conceito de causa, que fundamenta o conceito de ação"[105]. Ora se desloca o problema da causalidade do setor lógico para o biológico ou mecânico, ora se desloca a questão do plano natural da causalidade para o plano de valores. Para a escola neoclássica, a teoria da causalidade deixa de ser "uma verdadeira teoria da causalidade para ser uma teoria da imputação do resultado".[106]

Em sentido diverso, Roxin propugna que o critério da quase certeza gera impunidade, preferindo trabalhar com o critério da diminuição ou incremento do risco, conhecido como *teoria do incremento do risco*. A teoria foi primeiramente concebida pelo autor para os crimes culposos, sendo ampliada para abarcar também os crimes dolosos. Para que se proceda a imputação, aduz que:

---

[103] WELZEL, Hans, *Direito penal*, cit., p. 296-297.
[104] TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 22.
[105] Ibidem, p. 18.
[106] TAVARES, Juarez, cit., p. 20. De acordo com o autor, melhor sorte não assiste às teorias finalistas: "A omissão sempre representou, na verdade, um ponto nebuloso na *teoria do delito*, que não foi elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a teoria finalista", as quais continuam a defrontar-se com as dificuldades para equacioná-las (Ibidem, p. 21). E ele assim prossegue: "Por outro lado, independentemente da sua deficiência para firmar a diferenciação entre *ação e omissão*, que, como vimos, não pode ser obtida pelos critérios aventados, a doutrina tem procurado reabilitar o critério da causalidade, mediante uma reavaliação de conceito de causa com base em graus de probabilidade e não em parâmetros de certeza. Segundo essa postura, haverá *comissão* quando o processo de produção do resultado tenha aumentado consideravelmente o risco dessa produção. Já a *omissão*, que se baseia em outros parâmetros, isto é, na relação de proteção com vistas a um bem jurídico que efetivamente possa ser protegido em certo tempo e em certa medida, não pode ser aferido pelo critério do aumento do risco, que implicaria uma comissão. O parâmetro aqui seria o seu reverso, isto é, haveria *omissão* se com o comportamento do sujeito, ao não executar a ação possível, tivessem diminuído as chances de impedir o resultado." (Ibidem, p. 51).

> [...] mais importante do que a causalidade é determinar se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de se evitar o resultado. Como a causalidade na omissão só pode trabalhar com hipóteses, é indispensável que se corrija essa causalidade segundo o sentido da atividade. E esse novo critério, de se orientar pelos dados concretos acerca do aumento do risco da produção do resultado, não se subordina exclusivamente ao dogma causal, senão submete a apreciação do comportamento do sujeito a um juízo objetivo.[107]

Portanto, não se trata de verdadeira e própria teoria da causalidade, mas da imputação, pois:

> A teoria do incremento do risco desempenha papel relevante, como teoria complementar e limitadora da causalidade; [...] pode ela servir de fundamento para determinar a responsabilidade do omitente nos casos em que o resultado, embora não se produzisse com certeza absoluta, tivesse aumentado consideravelmente as chances de sua ocorrência com a não intervenção de quem estava a isso obrigado.[108]

Nessa linha de raciocínio, o artigo 13, parágrafo 2º, "c", do CP, ao dispor sobre ingerência, acolhe expressamente a teoria do incremento do risco, pois longe de criar nova teoria da causalidade, com os efeitos ilimitados que lhe são inerentes, torna necessário que a não realização da conduta tenha diminuído as chances de impedir ou evitar o resultado, mas também que o omitente seja responsável pelo perigo (risco) de ocorrência do resultado concreto.[109]

Desse modo, deve ser adotada a fórmula de *causalidade funcional*, em substituição à teoria da condição, para os crimes omissivos. Nesse diapasão, a análise da norma mandamental realiza-se à luz da atividade devida para evitar a lesão ao bem jurídico.[110]

---

[107] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, cit., p. 57-58.

[108] Ibidem, p. 59. Por exemplo, a ausência de retirada do mercado pelos fabricantes de medicamento nocivo, mesmo após a descoberta de seus efeitos nocivos, incrementa o risco da ocorrência de dano aos consumidores.

[109] Ibidem, cit., p. 59.

[110] "Os limites e o sentido da ação devida são elementos de um processo de comunicação, porque somente dessa forma podem ser estendidos aos seus destinatários como objetos referenciais para sua conduta. [...] Somente o confronto entre o que a norma mandamental define e impõe, de um lado, e a realidade empírica, de outro, pode elucidar se ação devida era ou não causa do resultado. [...] Conjugam-se, assim, dois elementos na definição da causalidade: um elemento funcional-normativo e um elemento empírico. [...] não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico. A causalidade, portanto, deve estar vinculada, fundamentalmente, à norma mandamental. [...] a causalidade da omissão reside, pois, na identificação do que possa constituir uma *condicio sine qua non* do resultado, partindo de que essa condição deverá estar referida a um aspecto empírico, como também a um aspecto normativo, de determinação do sentido da própria atividade devida." (TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 366-369).

1.7.3 Teoria da imputação objetiva

Roxin subordina a ingerência penal nos crimes omissivos aos critérios de imputação objetiva. Além de buscar responder aos problemas da teoria da causalidade e do risco do regresso ao infinito, sua finalidade é estabelecer critérios de interpretação para o julgador realizar o juízo de subsunção da norma aos casos concretos. Interpretar significa reduzir complexidades. Em última análise, cria um *sistema de gerenciamento de riscos*. Pela teoria da imputação objetiva:

> [...] um resultado causado pelo agente só pode ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no caso concreto (2), e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3).[111]

Nessa perspectiva, aquele que instiga outrem a realizar uma viagem ao exterior ou efetua a venda de um punhal não responde em regra por eventual ação lesiva. No primeiro caso, porque não criou um perigo de morte relevante e não elevou de modo mensurável o risco de vida; e, no segundo caso, o risco é permitido. A vida em sociedade somente será possível se o agente puder confiar que as pessoas com as quais interage não cometerão delitos dolosos. De tal constatação decorre o princípio da confiança, ou seja, pode-se confiar que as pessoas atuarão conforme o direito enquanto inexistirem pontos de apoio concreto em sentido contrário.[112]

A teoria causal da ação não consegue delimitar o tipo de delito, considerando-o como abrangendo todas as elementares que o compõem e não aspectos desconexos dele (*Deliktyp*). Assim, aumenta a importância do tipo objetivo, em especial em relação aos delitos culposos, para os quais a teoria da *conditio sino qua non* não conseguia responder adequadamente a todos os seus questionamentos. Cria, portanto, um sistema de delito culposo. Nas palavras de Roxin:

> Através da moderna teoria da imputação, o tipo objetivo aumenta em importância também em relação àquilo que lhe conferia a teoria finalista, e isto à custa do tipo subjetivo. É verdade que o posicionamento do dolo no tipo subjetivo é plenamente compatível com a teoria da imputação objetiva. Mas a concepção da ação típica é bem diferente. Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido da morte, de acordo com a

[111] ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 104.
[112] Ibidem, p. 105-106.

> concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente. Enquanto os finalistas não consideram o homicídio uma ação de matar – apesar da causação punível de uma morte – para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão, etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. Só por causa disso, o ponto de gravidade do delito se desloca para a face objetiva do tipo.[113]

O *processo de imputação* compreende: a limitação objetiva da causalidade; a limitação do risco autorizado; o âmbito de responsabilidade do sujeito; a ilicitude do fato.[114]

A *limitação objetiva da causalidade* ocorre em razão do fato de se atribuir ao sujeito um comportamento anterior, que constitui a base de sua relação com o risco de ocorrência do resultado e, portanto, vincula-se ao domínio da causalidade. A conduta antecedente deve ter sido praticada diretamente pelo sujeito. Para que se formule adequadamente o enunciado causal, será preciso aplicar-se a *correção do regresso ao infinito* previsto no artigo 13, parágrafo 1°, do CP: a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação, quando por si só tenha produzido o resultado.[115]

A *limitação do risco autorizado* abrange o risco permitido, riscos habituais, o exaurimento do risco no resultado, o risco como objeto da norma, o risco previsto em norma complementar. Sua análise revela posicionamentos dissonantes na doutrina, de Rudolphi, Roxin e Tavares.

---

[113] ROXIN, *Estudos de direito penal*, cit., p. 116-118.

[114] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 333.

[115] Para elucidar essa situação, Juarez Tavares cita os seguintes exemplos: "Alguém põe fogo no celeiro de sua propriedade, sem verificar que ali dormia um empregado. Se, contudo, o fogo fora provocado por outrem, ao proprietário só cabe um dever geral de assistência, não lhe sendo atribuível um dever de garantidor, independentemente de ser o dono da casa. Essa relação direta não implica, porém, que o sujeito tenha tomado a iniciativa precedente. Pode ocorrer que a ação precedente tenha sido iniciada por outrem, mas o ingerente tenha assumido posteriormente o controle de sua causalidade. Alguns exemplos: alguém se dispõe a conduzir para casa um vizinho embriagado, cuja bebida fora fornecida por um taberneiro, e o coloca na direção do automóvel porque resolve cochilar no assento traseiro; um carnavalesco mantém em sua residência, sem os devidos cuidados, uma caixa de fogos de artifício, a qual é deflagrada, porém, por um convidado, que a coloca em lugar inadequado, de onde os rojões passam a atingir outras pessoas, causando-lhes ferimentos. Nesses dois casos, a atuação anterior do taberneiro ou carnavalesco foi substituída em seus desdobramentos causais pelos comportamentos do vizinho e do convidado. Embora esses últimos não tivessem iniciado a ação arriscada ou não dominassem desde o começo, as fontes de perigo estão causalmente ligados a ela. Assim, para que se formule adequadamente o enunciado causal, será preciso proceder a correção do regresso ao infinito, tal como consignado no art. 13, parágrafo primeiro, do Código Penal: a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação, quando por si só tenha produzido o resultado. Por essa fórmula, tanto o taberneiro quanto o carnavalesco não serão ingerentes pelo resultado." (TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 334).

Rudolphi entende que para que se proceda a imputação, a ação precedente do sujeito deve ser contrária ao dever (ilícita). Roxin, por sua vez, aponta que o sujeito se faz responsável pelas fontes estáticas de perigo, razão pela qual poderá ser criada uma posição de garantidor, sem que a atuação precedente tenha sido praticada contrariamente ao dever. Ademais, se a conduta precedente foi contrária ao dever, isso também não seria suficiente para criar o dever de proteção, mas justificaria o dever de vigilância.

Dentro dessa linha, Tavares destaca que a *conduta precedente* contrária ao dever é pressuposto de ingerência para efeitos de fundamentar o dever de proteção, quando se trate de ação positiva. Porém, considerada isoladamente, não é suficiente. Sua limitação deve ser efetuada por intermédio dos critérios relativos à *criação e diminuição do risco* e ao *comportamento da vítima*, cotejados em face do princípio da autorresponsabilidade. A teoria da imputação objetiva trabalha com casos concretos e propõe, com base no saber prático, os critérios limitativos da causalidade. Atualmente, tem-se considerado possível estabelecer esses critérios por meio de uma interpretação comunicativa dos conceitos. Isso remete à discussão do conceito de conduta e do conteúdo comunicativo das normas mandamentais que lhe são vinculadas.[116]

Em relação à norma mandamental, deve ser analisado o processo de comunicação que impõe o dever de agir e as demais circunstâncias relacionadas ao fato e ao agente. Analisa-se a relação entre a inatividade do sujeito e a lesão ao bem jurídico. Faz-se um juízo de valor sobre a necessidade da atividade (objeto de referência). Uma atividade inútil não pode servir de objeto de referência. São necessários os seguintes requisitos para que a atividade sirva ao projeto de comunicação em face da ingerência: a conduta do sujeito não esteja acobertada pelo risco permitido; a conduta não se inclua no risco habitual da vida; o risco desencadeado pela ação precedente possa se exaurir no resultado; o risco proibido seja objeto da norma; a inatividade posterior não seja objeto de uma avaliação exclusiva ou complementar de outra

[116] A respeito da limitação do risco autorizado, Tavares cita o seguinte exemplo: "O proprietário de um apartamento deve evitar que os vidros ornamentais de sua varanda caiam, por força dos ventos, sobre os transeuntes; se isso ocorrer, deverá providenciar o socorro da vítima, ainda que não pudesse contar com essa responsabilidade ou nela tenha pensado. Claro, se os vidros foram lançados sobre a rua por outrem, o proprietário do imóvel terá excluída sua responsabilidade, pela proibição do regresso ao infinito. No tocante, porém, a fontes dinâmicas do perigo, que estão vinculadas diretamente ao controle causal do sujeito, por haver esse realizado uma ação positiva provocadora do perigo, é fundamental que sua conduta seja antijurídica para evitar que sua responsabilidade derive apenas de seu movimento, ainda que completamente regular." (TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 335).

norma[117]. Presentes esses pressupostos, é possível a subsunção do caso concreto ao conceito jurídico da omissão imprópria.

O *risco permitido* significa que todas as condutas realizadas nos limites das normas de cuidado estão autorizadas pela ordem jurídica e não poderão contar como ingerência. Da mesma forma, não se incluem na ingerência as ações que não impliquem em um aumento do risco já existente ou nas ações precedentes que são praticadas corretamente, mas sob a perspectiva de que possam gerar riscos futuros, quando se possa confiar que esses riscos não serão aumentados por obra de outrem (problemática das ações neutras). Se o sujeito sabe que sua ação precedente se destina a lesão a bem jurídico por outrem, já não mais se situa no âmbito do risco autorizado[118]. Portanto, o risco permitido abrange condutas realizadas nos limites das normas de cuidado, que não aumentem o risco já existente ou o risco aumentado por obra de terceiro.

Os *riscos habituais* são aqueles que embora não formalmente autorizados pelo direito, não podem fundamentar a ingerência, quando a ação precedente não os exceda de modo habitual.[119]

O *exaurimento do risco no resultado* significa que se o resultado ocorresse mesmo que essa ação precedente não fosse praticada, não haverá imputação do fato ao omitente, porque falta um elemento de ligação entre a ação precedente e a decisão acerca da necessidade da ação devida. Se o resultado ocorresse de qualquer forma, não há que se falar em ingerência, mesmo que a ação precedente seja ilícita.[120]

O *risco como objeto da norma* significa que não é qualquer risco desautorizado que é capaz de gerar ingerência, mas somente aquele que implique uma ação devida posterior vinculada ao mesmo objeto da lesão.

O *risco previsto em norma complementar* abrange as normas que qualificam o crime, preveem causa de aumento de pena ou a disciplinam de forma diversa em lei especial. O exemplo típico é o do aumento de pena na omissão de socorro, quando se tratar de ações

[117] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 335-336.
[118] Ibidem, p. 336.
[119] Ibidem, p. 337.
[120] Ibidem, p. 337.

precedentes culposas de homicídio e lesão corporal. No Brasil, entende-se que responderá pelas ações precedentes culposas de homicídio e lesão corporal, excluindo-se a ingerência. Na Alemanha, exclui-se a ingerência quando a ação anterior não for ilícita, opinando pela subsistência da omissão de socorro. Como a omissão está sempre condicionada à necessidade da ação devida, faltando essa necessidade, não pode haver omissão.[121]

A limitação da imputação pelo *princípio da autorresponsabilidade* compreende que a ação devida não se insira no âmbito de responsabilidade da vítima. Decorre dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, que tem a autodeterminação como seu consectário lógico (art. 1°, II e IV e 4°, III, da CF). Aquele que pratica uma ação precedente contrária ao direito, por si só, não se torna garantidor, se a ação consequente depender inteiramente do executor. O agente torna-se garantidor quando só a ele caiba impedir o desdobramento da conduta.[122]

A esse respeito o Tribunal Federal alemão já decidiu que:

> Autocolocações em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia tal colocação em perigo não é punível por homicídio ou lesões corporais.[123]

A *limitação da ilicitude* significa que o agente que atua em legítima defesa não é garantidor dos bens jurídicos do agressor. Da mesma forma, opera-se no estado de necessidade defensivo (perigo provindo da própria vítima ou por sua culpa), hipótese em que apenas se poderá responsabilizar o agente por omissão de socorro no caso de descumprimento do dever de assistência. Porém, se afastado o perigo, subsiste a violação ao bem jurídico da vítima, cria-se para o agente uma posição de garantidor, no sentido de atuar para impedir que esse bem continue sendo agredido. No estado de necessidade agressivo (quando o perigo decorra de fatos naturais ou quando a vítima não o tenha provocado de forma contrária ao dever), a justificação se baseia no interesse de maior valor, que pode ser tanto de quem atua, quanto de quem sofre a ação necessária.[124]

---

[121] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 339-340.
[122] Ibidem, p. 340.
[123] BGHSt 32, 262 (ROXIN, *Estudos de direito penal*, cit., p. 109). Acrescenta o autor: "Essa decisão é o principal sucesso que a teoria da imputação objetiva conseguiu até hoje na práxis jurisprudencial alemã."
[124] TAVARES, Juarez, op. cit., p. 342.

Feito esse juízo de subsunção prévio, ou denominado processo de imputação, deve-se verificar se houve a ocorrência da denominada *cláusula de equivalência*.

Tavares defende que para os delitos omissivos impróprios, figuram como requisitos cumulativos: a inação, a real possibilidade de atuar, a situação típica, o dever de impedir o resultado em razão da posição de garantidor e a relação entre a ação devida e a comissão. Propõe a adoção da teoria da equivalência, a exemplo do § 13° do Código Penal alemão, razão pela qual os delitos omissivos impróprios seriam delitos de atividade vinculada a um resultado, em contraposição aos delitos de resultado.[125]

Diversamente, entendemos que a cláusula de equivalência do sistema alemão não encontra previsão em nosso ordenamento jurídico, tampouco poder-se-ia cogitar a existência de uma causa de diminuição de pena para os crimes omissivos. No nosso ordenamento, prevalece o critério da identidade, ou seja, deve ser combinado o conteúdo do tipo legal com as situações legalmente expressas que fundamentam o dever de impedir o resultado por aquele que possua a posição de garante.

Soma-se a esse entendimento o fato de que o princípio da identidade já vem sendo aplicado pelos nossos tribunais, sem qualquer dificuldade de ordem prática. Ademais, há incoerência no pensamento de que os crimes omissivos e comissivos são sempre punidos da mesma forma, uma vez que despreza tal assertiva a regra da culpabilidade e individualização da pena prevista em nosso Código Penal. Não é à toa que o legislador prevê um mínimo e máximo de diminuição de pena, justamente para o julgador proceder à sua valoração no caso concreto, de acordo com a conduta praticada pelo agente (circunstâncias do crime).

Ora, se devem ser conjugados os critérios da estrutura e da punibilidade consoante modelo proposto por Tavares, é na dosimetria da pena que deve ser realizada a diferenciação entre os crimes comissivos e omissivos impróprios. E isso não implica necessária mudança legislativa para estabelecer uma atenuante obrigatória nos crimes omissivos dolosos e facultativa nos crimes omissivos culposos.[126]

---

[125] TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 343.
[126] Ibidem, p. 349.

Jakobs cria um conceito diverso de ação, pelo qual o que a fundamentaria seria sua evitabilidade (conceito negativo de ação). Tavares aponta que, para Jakobs:

> Ação seria "a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia", ou "a realização de um resultado evitável". Com isso se quer significar que comissão e omissão se constituem de uma não evitação de alguma coisa, pois também nos delitos comissivos subsistiria a responsabilidade de evitar o resultado decorrente do movimento corporal do agente, atualizado como foco potencial de perigo.[127]

Jakobs afirma que cada um de nós exerce determinado papel na sociedade, mantendo sempre contatos sociais, pois para ele se todos se comportam conforme o papel social, seguindo um determinado padrão, qualquer fato ocorrido será explicado como fatalidade ou acidente.

O processo de imputação objetiva de Jakobs compreende a análise de quatro fatores: risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso e capacidade da vítima.

Nessa perspectiva, parte da constatação de que é impossível existir uma sociedade sem riscos, pois o próprio contato social é perigoso, e a sua análise deve ser feita de acordo com o caso concreto. Desse modo, o risco permitido por si só não constitui injusto penal. Superado esse fator, passa-se à análise da premissa de que as pessoas que vivem em uma sociedade devem confiar umas nas outras. Sob esse ponto de vista, não será imputado objetivamente os resultados produzidos por quem confiou que terceiro agiria dentro dos riscos permitidos (princípio da confiança). O princípio da proibição de regresso significa que se cada um de nós agir de acordo com seu papel social e se dessa conduta redundar um resultado ou contribuição para alguém, não pode haver responsabilização. Por fim, propõe o questionável critério relativo à capacidade da vítima, pelo qual enfoca a lesão de um dever de autoproteção, denominado ação a próprio risco, que se resume em uma lesão ou perigo de lesão em que a própria pessoa se coloca, acreditando que a situação não ocorrerá. A adoção desse critério fomenta a eternização do ciclo da violência na nossa sociedade, procedendo à culpabilização da própria vítima do delito. Sua aplicação prática redundará em inegável vitimização secundária.

Acertadamente, Tavares entende que a posição de Jakobs relativa ao processo de imputação objetiva é equivocada, pois assume feição subjetiva e desloca o enfoque da questão

[127] TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 24, grifamos.

da proteção dos bens jurídicos para a proteção da ordem jurídico-normativa[128]. A análise da omissão possui como pano de fundo uma valoração axiológica normatizada, condicionada ao substrato social, em razão de deveres sociais de convivência.[129]

A polêmica a respeito dos crimes omissivos impróprios em uma sociedade de risco relaciona-se à admissão pela vertente funcionalista radical de que o nexo de causalidade seja substituído pelo critério da não diminuição do risco[130]. Nessa modalidade de imputação, pune-se a conduta daquele que não diminuiu o risco da produção do resultado e, portanto, "comportamentos destituídos do necessário aspecto subjetivo consistente no querer o resultado, querer este que não pode ser presumido".[131]

No tocante aos crimes omissivos impróprios, o direito equipara essa modalidade aos crimes de ação, por meio da norma de extensão prevista no artigo 13, parágrafo 2°, do CP (adequação típica indireta)[132]. Já nos crimes omissivos puros pune-se o não atendimento a normas imperativas previstas pelo Estado. Nessa perspectiva:

---

[128] "Ao partir do critério da evitabilidade, como elemento identificador da ação, desemboca uma posição mais equivocada ainda, quando, por exemplo, nega a qualidade de ação à realização inevitável da morte de outrem, porque não estaria juridicamente configurado o plano do autor e, por conseguinte, inexistiria uma lesão à norma. [...] Embora se possa reconhecer à evitabilidade um significativo papel na teoria do delito, em especial na teoria da imputação objetiva, sua inserção no conceito de ação só faz perturbar a sistematização desse conceito, trazendo como consequência uma transformação radical e confusa nos demais elementos da teoria do delito. Por outro lado, como o critério da evitabilidade não é tomado exclusivamente no sentido objetivo, até porque difícil concebê-lo como elemento representado *a priori*, mas assentado na esfera interior do homem, sua adoção sob estes supostos induz a retratar todo o sistema do delito dentro de uma lógica própria subjetiva, onde o importante não será propriamente a defesa objetiva dos bens jurídicos, mas a conformidade interna do sujeito aos comandos normativos. Esta postura é própria de Jakobs, que vê a função do Direito Penal e da incriminação em geral referenciada como um instrumento de manutenção da ordem jurídica, como ordem normativa." (TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, cit., p. 25-26).

[129] "A omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração é que adquire relevância social. Por isso, o melhor modelo será aquele que situe o conceito de conduta dentro da ordem social e não exclusivamente na ordem natural. [...] E como objeto de um juízo, deve submeter-se à consideração de se depende também de uma norma jurídica ou possui relevância fora do Direito. Esta é uma questão que decorre do seu significado axiológico, como dado social ou normativo." (TAVARES, Juarez, op. cit., p. 30-31).

[130] REALE JÚNIOR, Miguel. Prefácio. A polêmica devida. *In*: PASCHOAL. Janaina Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 10.

[131] Ibidem, p. 11.

[132] Essa equiparação não significa que se deva também ver no não impedimento uma causação do resultado: a punibilidade da omissão é completamente independente da hipótese de sua causalidade (LISZT, Franz von, *Tratado de direito penal alemão*, cit., v. 1, p. 228).

> [...] quem, como garante (responsável), acarreta um resultado tipicamente desaprovado, atua conforme o tipo no sentido de um delito de omissão. Por certo dolosamente, se a omissão era o meio consciente do objeto para a obtenção do resultado, ou culposamente se o autor teria podido evitar o resultado de uma maneira final.[133]

1.7.4 Imputação subjetiva

Kaufmann propugna a desnecessidade da análise do elemento subjetivo nos crimes omissivos, por entender que "não são próprios da omissão, nem a causalidade, nem a finalidade humana, pois não há vontade de realização, nem finalidade, nem dolo dirigidos a omitir. A seu ver, a omissão desejada é a omissão consciente da capacidade de agir".[134]

Paschoal discorda do automatismo da negação da presença do elemento subjetivo nos tipos omissivos impróprios, especialmente em razão do fato de que existe um alargamento da posição do garantidor. Haveria dolo "quando o omitente está consciente de sua posição de garantidor, ou seja, do dever de agir, e de sua capacidade de intervir para evitar o resultado [...] sem qualquer relação com o dolo na ação". Havendo consciência do dever e capacidade de agir, "a imputação do crime comissivo por omissão deve se dar a título de dolo". Logo "a análise do elemento subjetivo nos crimes comissivos por omissão, não é feita entre a omissão e o resultado, mas apenas no que concerne à própria omissão" e "apenas, às vezes, o dolo coincide com o querer o resultado".[135]

Como em todos os delitos, o processo de imputação dos crimes omissivos impróprios não pode prescindir da análise do elemento subjetivo do sujeito, em relação a determinada inatividade passível de imposição de sanção penal. O relevante é ter-se em mente que o

---

[133] WELZEL, Hans, *Direito penal*, cit., p. 298. Tavares sustenta que: "A atividade possível ou, como querem alguns, a ação esperada constitui ponto de referência do processo de comunicação e, assim, deve integrar juntamente com a norma mandamental o conceito de conduta no sentido de prática social. Ainda que a norma mandamental decorra do sistema jurídico, tal fato não desnatura o conceito de ação, como um conceito que se desenvolve a partir de pressupostos de comunicação. Isto demonstra que este conceito, conforme as características da prática social, não é um conceito isolado, mas um conceito produzido na dialética dos contrários. Ao mesmo tempo em que a atividade se converte em manifestação do sujeito, em oposição à sua configuração jurídica, esta regulação a condiciona como prática social e possibilita a sua existência. É justamente dessa relação que surge o conteúdo da omissão em face da atividade socialmente esperada, fazendo-se dessa atividade esperada o seu objeto de referência no processo de comunicação." (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed., rev. e ampl. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 47).

[134] KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión.* Traducción: Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 318.

[135] PASCHOAL. Janaina Conceição, *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer, cit., p. 74-76.

julgador fará a operação em dois momentos. No primeiro, verificará se estão presentes os pressupostos de subsunção ao tipo objetivo, com todos os seus elementos. Posteriormente, fará a análise relativa ao dolo.

1.8 Custos e benefícios da ingerência penal, na perspectiva da vitimização

Partindo-se de perspectiva vitimológica, é equívocado o pensamento de que a maior proteção penal conduz, por si, a uma maior proteção às vítimas de crimes. Aos custos da penalização devem ser sopesados os benefícios esperados dessa política criminal legislativa em termos de prevenção, em especial quanto aos efeitos negativos da intervenção penal sobre as mesmas vítimas. Como se verá no Capítulo 2, na perspectiva da vítima, a política criminal deve se centrar em três níveis: primário, secundário e terciário, sendo que apenas nesse último se pressupõe a efetiva prática delitiva.

Tamarit Sumalla aponta que o desenvolvimento vertiginoso da segurança privada gera inquietantes questões, em um modelo de sociedade que optou, como mal menor, o monopólio da violência pelo Estado. Por outro lado, também geram questionamentos programas que tendam a intensificar o controle, como os de polícia da proximidade, que costumam ser vistos como ameaças de redução dos espaços de liberdade. Porém, mais além de advertir sobre os riscos de todo excesso de intervencionismo, pouco ou nada se poderá criticar das atuações públicas que se centrem no oferecimento de informação aos coletivos de maior risco, tais como menores, jovens que frequentam determinados locais, população estrangeira ou turistas.[136]

Por conseguinte, devem ser obedecidos os princípios penais da fragmentariedade e subsidiariedade no estabelecimento de práticas delitivas, não apenas para evitar o arbítrio no estabelecimento de incriminações, mas também para preservar as vítimas de crimes dos riscos da vitimização e o seu caráter estigmatizante.

[136] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 36.

1.9 Novo enfoque do direito penal, à luz das respostas penais aos delitos praticados

Na evolução do direito penal, o sistema da vingança privada foi substituído pelo de composições ou indenizações, até se chegar à formação do Estado e a imposição da pena com a conformação que perdura até hoje. A resposta penal passou a ultrapassar a figura do indivíduo e expropriá-lo do direito de liberdade, em razão da prática dos fatos mais reprováveis do ponto de vista social, isto é, os fatos reprováveis penalmente.

A pena privativa de liberdade passou a ser não apenas resposta penal possível ante a prática delitiva, senão necessária. Na época foi considerada verdadeira conquista da civilização, que punha fim definitivamente ao "olho por olho, dente por dente" e à lei de talião. Desde então houve a harmonização da resposta penal e social à prática de injustos penais, inclusive no tocante à impugnação da sociedade e cidadãos frente a ataques aos bens jurídicos essenciais à coexistência pacífica em sociedade.[137]

A resposta penal que assumiu feição inicialmente retributiva, assumindo posteriormente o viés preventivo, está porém distante da adoção de paradigmas restaurativos ou ressocializadores.[138]

Tradicionalmente, a resposta penal passou a se assentar sobre três premissas básicas: identificação das penas aplicáveis por ação ou omissão a qualquer indivíduo; organização das autoridades e jurisdições repressivas; o processo (caminho) a seguir para a verificação dos fatos delituosos, punição e perseguição dos autores de fatos delituosos.[139]

---

[137] BARONA VILAR, Silvia. Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales. *In*: PARDO IRANZO, Virginia; MONTERO AROCA, Juan; BARONA VILAR, Silvia. *La mediación*: algunas cuestiones de actualidade. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 255 e ss.

[138] Ibidem, p. 258.

[139] "*Direito privado* é o que regula as relações dos indivíduos como pessoas. Não faz parte dele o direito criminal, pois que, com efeito, quando uma infração é cometida por certo indivíduo em prejuízo de outrem, o direito de punir não pertence ao ofendido, mas à sociedade. Certamente cabe ao ofendido o direito de defesa no momento do ataque como meio de prevenir o mal de que se sente ameaçado; mas uma vez cometida a infração, já o direito de punir não lhe pertence. Se tentasse infligir o mal com o mal não infligiria uma *pena,* antes cometeria uma *vingança*. O que é de direito privado, é a faculdade que se lhe reconhece de pedir em justiça a *reparação do dano* cujas consequências sofreu. Por este motivo, e em virtude com a sua comunidade de origem com o delito, o direito privado deve pois considerar-se também incluído no domínio do direito criminal." (GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZM Editora, 2003. v. 1, p. 3 e ss).

A pena era vista ora como a retribuição por um mal causado, ora como prevenção à prática de delitos praticados, existindo teorias mistas que visam a conjugar ambos os aspectos. De fato, conquanto o direito penal e o direito civil tenham por origem o mesmo ramo comum, houve um afastamento progressivo entre eles, uma vez que as sanções civis (nulidades de atos, reparações pecuniárias etc.) eram destituídas do caráter de constrangimento (força que conduz à sujeição), atribuído esse caráter apenas às sanções criminais, tendo em vista o poder de punir estatal. Assim, convencionou-se que a lesão a direito subjetivo era passível de indenização na esfera cível, ao passo que a lesão a bens jurídicos gerava a imposição de pena criminal, separando-se definitivamente o direito civil e o direito penal. Atualmente, há os que propugnam a reaproximação do direito civil com o direito criminal, tratando a pena estatal como violação a direito subjetivo, ou ainda postulando a ausência de diferença substancial entre o injusto penal e o injusto cível.

A razão de ser da polêmica se assenta no fato de que o papel tradicional atribuído à pena é insuficiente para o atendimento das finalidades tradicionais apontadas por grande parte dos doutrinadores: repressão e/ou prevenção. Atualmente, há uma tendência ao reconhecimento do papel exclusivamente preventivo das penas. Ao mesmo tempo, com a evolução da teoria da reparação civil, suas sanções passam a ter conteúdo punitivo (*v.g.* dano moral individual ou coletivo), aproximando-se ao caráter que era próprio apenas das penas criminais, qual seja, capacidade de sujeição do sujeito passivo aos seus postulados.

A esse respeito, Garraud não deixa margem a dúvidas:

> [...] que limites separam o direito *civil* do direito *penal*, e qual a razão de ser da distinção hoje admitida em toda a parte, entre a violação do direito cuja reparação não pode ser prosseguida senão pelos processos da lei civil e a violação do direito que é uma infração e cuja repressão é assegurada pela aplicação de uma pena. Para o compreender forçoso é partir da ideia de que o *constrangimento penal* marcando o extremo limite do poder do Estado não pode ser empregado senão se o dano cuja ação ou omissão incriminada ameaça bem jurídico protegido pela lei, é um *dano social*, quer dizer, tal que não haja outro meio de o punir para prover a defesa da ordem pública. Se o dano é *restrito* ao *indivíduo*, e reparável por um *meio direto*, o legislador excederia os seus poderes declarando o *delito penal* ao ato que lhe deu causa.[140]

[140] GARRAUD, René, *Compêndio de direito criminal*, cit., v. 1, p. 11-27. Na Antiguidade, os limites entre o direito civil e o direito penal não eram claros, pois "as relações civis são então menos numerosas, menos complicadas que mais tarde; de outro lado não se distingue suficientemente nesta época a violação do direito de punir de outro direito, a separação do direito civil e do direito penal não está distintamente traçada".

Como resultado desse impasse, há os que propugnam a incorporação da finalidade reparatória entre as finalidades da pena, tratando-se o fato criminoso em sua totalidade, voltando-se o olhar para as vítimas diretas e indiretas do delito praticado, bem como para a comunidade afetada por seus efeitos. Essa mudança metodológica no enfoque, que desde o século XIX se propunha a estudar o crime a partir da perspectiva do delinquente, no século XXI passa por profunda transformação, com valorização do papel da vítima no processo penal, inclusive com o desenvolvimento de ramo próprio de estudo: a vitimologia.

Isso conduz a mudança na forma como as autoridades responsáveis pela persecução penal devem se portar diante de um fato criminoso, desde o momento em que tomam conhecimento, até a instauração da ação penal e subsequente punição do autor do fato. Não mais é possível o atendimento a postulados meramente formais e processuais de índole garantista – a vítima deve ser acolhida pelos órgãos responsáveis pela persecução penal desde a sua prática, sob pena de crise do próprio Estado e do monopólio do direito de punir.

A humanização no tratamento despendido à vítima, tomando-a como protagonista de sua própria história, evitando-se os efeitos deletérios da subnotificação de delitos e o recurso cada vez maior ao exercício arbitrário das próprias razões, é o grande desafio deste século. Como equilibrar uma tradição garantista de proteção do autor do fato criminoso com a identificação da sociedade com a vítima, em uma sociedade da informação, de redes e de risco?

Em outras palavras, faz-se necessário o abandono do conceito de delito como uma fórmula jurídica inscrita num código, abstraindo a porção da vida real a que se refere, que vem sendo adotado desde as primeiras codificações advindas após a Revolução Francesa. A ciência penal há que se afastar de seu caráter puramente dogmático estabelecido na legislação e nos livros, para assumir seu caráter experimental, prospectivo e preditivo.

A Resolução n. 181 de 2017, com a redação dada pela Resolução n. 183 de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, inovou ao prever a possibilidade de celebração pelo Ministério Público do acordo de não persecução penal, na qualidade de *dominus litis* da ação penal. Dentre os seus requisitos se insere a confissão plena e circunstanciada do delito praticado e a reparação do dano causado à vítima.

Poder-se-ia objetar a ilegalidade da confissão efetuada pelo autor do fato criminoso, porém se trata de mero jogo retórico, pois sendo pessoa maior, capaz e assistida por advogado ou defensor público, há que se reconhecer a plena autonomia da sua vontade, mormente porque as penas propostas pela Resolução possuem caráter administrativo e cível e, ainda que tenham o condão de projetar efeitos na seara penal, no caso de futuro oferecimento de denúncia, deve prevalecer a sua autonomia de vontade e, portanto, sua capacidade de entender e querer.

Logo, o império da lei ora pode ser objeto de imposição ao infrator (caráter repressivo), ora pode ser proposto ao infrator (readequação de sua conduta e reparação dos danos causados), como corolário da liberdade do homem de a ela se conformar e, portanto, se autorresponsabilizar pelos seus atos.

Nessa medida, mais correto do que exigir a confissão do réu na formulação de acordos de não persecução penal seria se falar em autorresponsabilização pelo injusto penal praticado, uma vez que essa noção, como se verá Capítulo 3, é mais ampla do que a mera assunção de deveres processuais, mas antes possui dimensão contratual e integradora com a realidade vivenciada pela vítima e vitimário/ofensor (aquele que causa a vitimização).

A adoção do injusto penal restaurável permite, para além da responsabilização civil ou penal do ofensor, a integração com outros aspectos da vida em sociedade, que não podem ser reduzidos a fórmulas jurídico-formais, tais como as emoções, as consequências sociais e psicológicas da infração penal, e a ampliação delas pela intervenção realizada pela mídia. O massacre ocorrido na EE Raul Brasil, ocorrido em 3 de abril de 2019 em Suzano, por exemplo, não teve seus efeitos limitados às vítimas, ofensores e seus familiares. A cidade e a região da Grande São Paulo foram acometidas por onda de terror generalizado, predominando uma sensação de medo e de insegurança. O Estado falhou em seu dever de proporcionar a segurança de seus munícipes e sua legitimidade está sendo questionada, por não terem sido aportadas soluções concretas para a restauração da paz social, ao lado do crescimento exponencial da demanda por serviços de assistência social, psicologia e segurança pública.[141]

[141] A esse respeito, ver: JUCÁ, Beatriz. Dor e superação em Suzano, a árdua luta das vítimas contra as sequelas do massacre. *El País*, de 04 jul. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/24/politica/1561391416_997865.html. Acesso em: 27 jul. 2019.

O risco da aplicação de fórmulas negociais em matéria penal não se insere na perspectiva do réu, mas na possibilidade de nova vitimização, caso não sejam adotadas como cautela a prévia oitiva da vítima sobre a real extensão do dano causado pelo crime (aspectos materiais e imateriais), inclusive tendo em vista a comunidade afetada pela sua prática. Nos países em que a negociação penal se desenvolveu, como, por exemplo, o *plea bargaining*, a principal crítica que se tem é a ausência de consideração da vítima e da comunidade afetada pela prática criminosa.

A punição deixa de seguir um caminho rígido (processo) e passa a se assentar em soluções contratuais livremente ajustadas por partes maiores e capazes, porém sem dispensar a intervenção estatal, por intermédio da figura do Ministério Público, uma vez que, como já mencionado, a discriminação social é muito mais perniciosa ao indivíduo do que a estatal. O descumprimento do ajustado constitui causa de rescisão contratual e, por conseguinte, o Estado retoma o pleno exercício *do jus persequendi in judicio.* Esse novo modelo deve integrar a vítima que possui direito a justa reparação, o auxílio na restauração dos aspectos imateriais do delito (trauma), porém é destituído do poder de decidir sobre eventual aplicação ou não de pena criminal, por ser esse atributo exclusivo do Estado, titular do direito de punir.

O processo passa a ser então uma possibilidade, uma vez que o acesso à justiça pode ser atendido por outras vias, estando o Ministério Público, enquanto defensor da sociedade por expressa determinação constitucional (arts. 127 e 129 da CF), autorizado a propor soluções contratuais entre partes maiores e capazes, atuando como facilitador na solução de reflexos cíveis do delito e como agente responsável pelo *jus puniendi* estatal, já que detém o monopólio da ação penal pública. Dentro dessa perspectiva, o Ministério Público, em ambiente extraprocessual, possui poderes para propor a medida adequada para prevenir a prática de novos delitos, reprimir o delito praticado, reparar o dano causado e cuidar para que haja plena restauração dos efeitos causados pela prática criminosa.

Partindo-se de uma perspectiva de *sistema ou tribunal multiportas*, o acesso à justiça criminal poderá ser efetuado por intermédio do processo judicial tradicional ou por outros meios adequados de resolução de injustos penais (negociação penal, mediação penal, conferências restaurativas etc.).

Não há que se falar em subtração da matéria do Poder Judiciário, uma vez que, ao final, caberá a ele a decisão final, ora julgando a lide penal, ora homologando as soluções contratuais livremente ajustadas pelas partes.

O estudo do crime e das respostas penais comporta três dimensões que serão enfrentadas neste trabalho: científica, política e jurídica.

1.9.1 Dimensão científica

Busca investigar as causas dos crimes e das penas. Deu ensejo ao que se denomina antropologia criminal e se desenvolveu pelo estudo do homem criminoso.

A antropologia criminal teve por seus ícones os italianos Lombroso, Ferri e Garofalo. Tal corrente dividiu os delinquentes em cinco categorias: natos ou instintivos, por hábito adquirido, por paixão, de ocasião e alienados[142]. Foi sucedida pela corrente sociológica, que refutou os postulados de que existiria uma espécie de criminoso nato. Tendo a criminalidade causas sociais, deve ser combatida por meios sociais.

Já a penologia se manifesta como reação social contra os atos antissociais[143]. O Estado substitui o instinto de vingança pela ação da vontade, adaptando a resposta penal ao fim que tem em vista. Não se trata de fazer suprimir o *sofrimento*, que é a essência da pena, mas em *utilizá-lo* no interesse comum do delinquente e da sociedade, considerando-o como um meio e não como um fim. As funções da pena e os meios de utilizá-la formam o objeto da penologia ou ciência penal.[144]

---

[142] GARRAUD, René, *Compêndio de direito criminal*, cit., v. 1, p. 15. Para o autor, os criminosos natos representariam uma espécie de atavismo e apresentariam indícios do tipo primitivo ou selvagem, ausência de senso moral, insensibilidade. Sofre a influência da hereditariedade das civilizações primitivas. Os delinquentes por hábito estariam relacionados aos que cometem crimes contra a propriedade, portanto o crime seria praticado por influência do meio em que se encontra inserido, aliado à sua falta de senso moral. O delinquente de ocasião é aquele que é levado ao crime por falta de resistência às influências externas e pela imprevidência em relação às consequências de seus atos. O delinquente passional é um desdobramento do anterior, porém age por instinto. Seu móvel é desproporcional ao delito praticado. Já os delinquentes alienados seriam os inimputáveis. A escola sociológica repudia essa corrente, por considerar que a criminalidade depende das condições nas quais se cria e desenvolve a vontade criminal. A criminalidade seria um fenômeno em estreita conexão com o fenômeno social.

[143] Ibidem., p. 19.

[144] Ibidem, p. 19.

Atualmente, a metodologia mudou o enfoque para a compreensão da totalidade do fenômeno criminoso, passando-se a integrar a vítima como um dos componentes do delito, mormente para atender à finalidade preventiva das penas, que não pode ser resumida a um caráter meramente repressivo. Nessa perspectiva, torna-se necessária a implementação de estratégias preventivas à própria vitimização.[145]

1.9.2 Dimensão política

Sob o viés político, o fenômeno criminal deve ser estudado partindo-se do enfoque de política criminal, ou seja, "a arte de adaptar as instituições sociais ao fim que se pretende atingir, a diminuição da criminalidade"[146]. Visam a dar a direção da legislação a ser produzida. Está em estreita conexão com a criminologia, vitimologia e penologia.

No século XXI, pode ser explicitada pela conquista da visibilidade das vítimas, que possuíam papel coadjuvante no processo penal tradicional, sendo elas próprias instrumentalizadas, para servir a um processo do qual sequer reuniam informações adequadas. Trata-se da possibilidade de oferecer às vítimas a possibilidade de "ser" e "estar" no modelo de justiça penal e alcançar, nesse caso, uma possível restauração pelo sofrido, que inclusive pode ser plural e heterogênea.[147]

Na política criminal do século XXI, deve ser conferido papel ativo à vítima na resolução do crime, devendo ser considerada antes de tudo como sujeito de direitos que não se encontra em situação de inferioridade, no âmbito dos sujeitos intervenientes no processo. No dizer de Cancio Meliá, se faz necessária a desmarginalização da vítima. A atenção ao comportamento da vítima tem, até certo ponto, sido feita de forma encoberta ou vaga por instituições dogmáticas não configuradas especificamente para o problema.[148]

---

[145] SANTOS, Celeste Leite dos. O Projeto Avarc como estratégia preventiva à vitimização. *Revista Consultor Jurídico*, de 29 jul. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jul-29/mp-debate-projeto-avarc-estrategia-preventiva-vitimizacao. Acesso em: 20 out. 2019.

[146] GARRAUD, René, *Compêndio de direito criminal*, cit., v. 1, p. 25.

[147] BARONA VILAR, Silvia, Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales, *in La mediación*: algunas cuestiones de actualidade, cit., p. 260. SANTOS, Celeste Leite dos; ELIAS, Pedro Eduardo de Camargo. O papel do Ministério Público no acolhimento às vítimas de crimes. *Revista Consultor Jurídico*, de 25 mar. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-25/mp-debate-papel-ministerio-publico-acolhimento-vitimas-crimes. Acesso em: 19 out. 2019.

[148] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001. p. 24.

1.9.3 Dimensão jurídica

O crime e a pena são antes de tudo fenômenos jurídicos. Ao Estado é dado o direito de punir, na qualidade de guardião da ordem pública, respeitados os direitos do acusado, da vítima e da comunidade afetada pela sua prática.

Para Kant, "o direito é a limitação da liberdade de cada um, com a condição de que esta liberdade concorde com a liberdade de todos, no entanto essa concordância é possível segundo uma lei universal, o *direito público,* o conjunto de leis externas que tornam possível a concordância universal"[149]. Aboso aponta que, com essas palavras, Kant destaca a natureza *coativa* do direito como limitação da liberdade de todos, é dizer, o direito é *coação* da liberdade dos homens livres que se plasma na constituição civil. Essa limitação da liberdade se materializa pelo contrato social, estabelecendo entre os celebrantes uma constituição civil (*pactum unionis civilis*). O *pactum unionis civilis* se baseia em três princípios: liberdade, igualdade e independência (*sibisufficuentia*). O primeiro se baseia na ideia de homem, o segundo na ideia de súdito e o terceiro na ideia de cidadão.[150]

Com base na *sibisufficuentia,* o cidadão é considerado *colegislador,* razão pela qual o trato igualitário é efetuado sob o império das leis. Ou seja, a obediência às leis se deve ao fato da proteção do cidadão por elas. As leis permitem que cada membro da comunidade busque sua própria felicidade, sem causar dano a outrem. Disso decorre, para Kant, a faculdade de ditar leis pelo soberano, como um meio de:

> [...] assegurar o *estado jurídico,* principalmente contra os inimigos do povo. Nisto o chefe do Estado tem que ter faculdade para julgar por si próprio, e somente ele, se tais medidas são necessárias para a prosperidade da comunidade, prosperidade que é indispensável para assegurar a potência e solidez da comunidade tanto no interior como contra os inimigos externos.[151]

Não se desconhece, contudo, no âmbito deste estudo, que a filosofia política utiliza o paradigma da ficção do contrato social, pois tal teoria é desvinculada da realidade. A sociedade é tão antiga quanto a humanidade, ao passo que o Estado é fenômeno histórico relativamente recente. A esse respeito, para Garraud:

---

[149] ABOSO, Gustavo Eduardo, El llamado "Derecho penal del enemigo" y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino, *in Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión, cit., v. 1, p. 57, nossa tradução.
[150] Ibidem, p. 57.
[151] Ibidem, p. 57.

> A ideia de um *contrato social* em virtude do qual os homens se teriam posto de acordo, entrando em sociedade para sacrificar uma parte de seus direitos no interesse comum, não encontra nenhum apoio na realidade. Não somente o contrato social está fora da tradição histórica, como não é um ideal para o qual devam tender os homens vivendo em sociedade. Esta ficção de uma *penalidade contratual,* não dá ao direito penal, outra razão de ser, além do *consentimento*, e legitima todos os excessos de uma maioria tirânica.[152]

Nessa perspectiva, a repressão é um ato de defesa social que atinge indivíduo dotado de responsabilidade (moral, fisiológica e social). Pela responsabilidade moral, é possível se determinar se a vontade é livre ou determinada. Pela responsabilidade fisiológica, extrai-se o bom funcionamento das funções psíquicas. A responsabilidade social vincula-se ao perigo que o indivíduo representa para a sociedade (culpabilidade ou periculosidade). As duas primeiras são a base da repressão; da responsabilidade social se extrai a escolha e a sua medida. A repressão está diretamente ligada à ideia de expiação.[153]

Já sob o viés utilitário, pretende-se pela ameaça da pena impedir que o agente reincida (prevenção especial) ou inspire outros a imitá-lo (prevenção geral).

O direito penal, enquanto instrumento de direcionamento ou controle social[154], conduzirá ao maior aparelhamento do Estado e fortalecimento dos órgãos encarregados de segurança pública e persecução criminal, especialmente no incremento do uso de recursos tecnológicos, tais como a inteligência artificial e a flexibilização de direitos que não ofendam diretamente a dignidade da pessoa humana, por intermédio da incorporação do paradigma transformativo do injusto penal restaurável.

Por conseguinte, a ingerência penal na vida dos cidadãos tende a se ampliar, razão pela qual devemos estar atentos aos limites dessa intervenção, extirpando do ordenamento jurídico formas que violem sem justificativa os direitos da personalidade, em especial o direito à intimidade e vida privada das pessoas. Sem prejuízo, propõe-se uma releitura do Código Penal e dos dispositivos penais já existentes, considerando-os *a priori* como bens jurídicos coletivos, razão pela qual não seria possível a eliminação da ingerência penal na sua tutela, uma vez que não se destina apenas aos sujeitos ativo e passivo da prática delitiva, mas para toda a sociedade.

---

[152] GARRAUD, René, *Compêndio de direito criminal*, cit., v. 1, p. 25.
[153] Ibidem p. 25-27.
[154] ROXIN, *Estudos de direito penal*, cit., p. 29.

CAPÍTULO 2 – AS VÍTIMAS DE CRIMES E A JUSTIÇA RESTAURADORA

2.1 A ingerência penal a partir da perspectiva da vítima

A palavra vítima provém do latim *victima* e significa pessoa ou animal sacrificado a Deus[155]. Esse termo encontra suas origens na Bíblia (Lev 1,2-5):

> Quando algum de vocês quiser presentear ao senhor uma oferenda pelos gados, isto é uma vítima de bois ou ovelhas [...] porá a cabeça do hospedeiro e será aceita e servirá a sua expiação [...] Portanto os filhos de Israel deverão apresentar ao sacerdote as vítimas, ao invés de matá-las no campo; para que sejam sacrificadas ao Senhor como vítimas pacíficas.

Tal assertiva conduz à vinculação entre os termos vítima e redenção, de origem judaico-cristã, a partir da ideia de que Deus tornado homem assume o papel de vítima para a salvação da humanidade; ou a proximidade do conceito de vítima em alemão (*Opfer*) com a ideia de oferenda. O termo *Opfer* remete ao conceito de sacrifício e ao de vítima.[156]

Desde a época romana, a resposta penal nas mãos do Estado era realizada sob a forma de castigo ou retribuição, afastando-se da vingança prevista na lei de talião e dos costumes das civilizações antigas (Mesopotâmia, Fenícia, Palestina, Egito e Grécia). Mesmo com o desenvolvimento de estudos dogmáticos em torno do caráter preventivo das penas, o ideário da pena como castigo, que o Estado, sub-rogado no papel da vítima (individual ou coletiva), detém o monopólio, não deixou de existir.

A desumanização da vítima de crime e o reconhecimento de seu caráter imolado na etiologia do crime podem ser constatados pela sarcástica declaração do belga Prins, no emblemático Congresso Penitenciário de Paris de 1895:

> [...] o homem culpado, albergado, alimentado, aquecido, iluminado, entretido às expensas públicas em uma cela modelo, sai dela com uma soma de dinheiro legitimamente adquirida, pagou a sua dívida com a sociedade. Porém, a vítima tem o

[155] Disponível em: https://dicionario.priberam.org/v%C3%ADtima. Acesso em: 04 jul. 2019.
[156] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 17-18.

> seu consolo; pode pensar que com os impostos que paga ao Estado contribuiu para o cuidado paternal que o delinquente teve durante a sua permanência na prisão.[157]

A ilação reproduzida *ut supra* permite concluir pela insuficiência da resposta estatal punitiva em razão da prática de crimes. *Mutatis mutandis*, a sociedade da insegurança e do medo demanda novas respostas penais, em que existam espaços para que a voz da vítima seja escutada, compreendida e sobre a qual se tenha responsabilidade ativa[158]. O direito penal apresenta crise de adaptação aos novos anseios da sociedade do século XXI, seja no tocante à saturação da justiça, como em razão do aumento da complexidade técnica, sendo necessária a sua modernização, a fim de que haja "minimização da reação violenta frente ao delito".[159]

A Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre os princípios fundamentais de justiça para vítimas de delitos e abuso de poder, de 29 de novembro de 1985, decorridos mais de trinta anos de sua edição, conduz à constatação da necessidade de edição de um estatuto de proteção ás vítimas de crimes que contemple de forma abrangente normas mínimas sobre a assistência, a proteção e a defesa dos interesses das vítimas. Deve, entretanto, abarcar as pessoas próximas às vítimas ou a vítima coletiva, sistematizando ainda o uso de medidas preventivas. Para tanto, se faz necessário que o operador do direito tenha conhecimentos mínimos sobre os processos de vitimização, desvitimização, prevenção à vitimização e o microssistema que envolve a tutela dos interesses difusos e coletivos (Leis ns. 7.347/85, 8.078/90, 10.741/2003, 13.146/2015, n. 13.344/2016 etc.), denominados tão somente de coletivos na seara penal, para permitir a análise harmônica com institutos assemelhados de legislações estrangeiras.

A vítima, tradicionalmente reduzida a mera testemunha do crime (art. 201 do CPP[160]), conta de modo geral com um único artigo para regular sua participação no processo,

---

[157] MIGUEL BARRIO, Rodrigo. *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2019. p. 36.

[158] FUENTES, Pilar. Ley Orgánica del Poder Judicial y Mediación. *Revista del Consejo General de Procuradores de España*, Madrid, n. 115, p. 20, enero, 2016. Disponível em: https://www.cgpe.es/wp-content/uploads/2017/12/Revista115.pdf. Acesso em: 28.10.2019.

[159] BARONA VILAR, Silvia. Esquizofrenia en la justicia penal: entre el expansivo derecho penal, la búsqueda de la minimización del proceso y el impulso de la mediación penal. *In*: SIGÜENZA LÓPEZ, Julio; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (dir.). *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017. p. 189-208.

[160] "Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). § 1 . Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). § 2 . O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à

conduzindo a redução de sua *ratio essendi* ao mero desempenho de função previamente estabelecida. Em sentido diverso se situa a vitimologia, ciência multidisciplinar que se ocupa do conhecimento de processos de vitimização e desvitimização. Em outras palavras, cuida das diversas dimensões da vitimização − primária, secundária e terciária − e das estratégias de prevenção, redução de respostas sociais, jurídicas e assistenciais tendentes a reparação e reintegração social da vítima[161]. Trata-se de ciência que se ocupa dos fatores causadores da vitimização, formas de controles e respostas superadoras do conflito e da delinquência.[162]

As medidas preventivas podem ser classificadas em primárias, secundárias e terciárias. A prevenção primária se dirige a comunidade e visa à melhora de suas condições de segurança coletiva e bem-estar. A prevenção secundária incide sobre vítimas potenciais, especialmente nos coletivos mais vulneráveis. A prevenção terciária supõe a intervenção sobre aqueles que tenham sido vítimas.[163]

Nessa linha consentânea com a proteção integral das vítimas de crimes, o artigo 2° da Lei n. 13.344/2016 estabelece como estratégia preventiva ao tráfico de pessoas a "atenção integral às vítimas diretas e indiretas, *independentemente* de nacionalidade e *colaboração em investigações ou processos judiciais*". Tal previsão vem ao encontro do conceito de injusto penal restaurável proposto, pois antes de buscar a punição à prática de crimes, deve-se proteger suas vítimas reais ou potenciais. O diploma legal, ao apontar os princípios, já destaca os coletivos vulneráveis passíveis de intervenção estatal preventiva: pessoas discriminadas em razão de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, situação migratória, atuação profissional, raça e faixa etária nas políticas públicas, bem como proteção integral às

---

designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). § 3 . As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). § 4 . Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). § 5 . Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). § 6 . O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). O art. 240, § 1 do CPP, ao tratar de busca e apreensão estabelece: Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: g) apreender pessoas vítimas de crimes.

[161] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 17, nossa tradução.

[162] Tamarit Sumalla informa que, em sentido diverso, Luis Jiménez de Asúa se referiu à vitimologia como "um programa não acadêmico debaixo do qual existe uma mescla de ideias, interesses, ideologias e métodos de investigação que foram agrupados arbitrariamente" (Ibidem, p. 18).

[163] Ibidem, p. 20.

crianças e adolescentes (art. 2°, IV e V, da Lei n. 13.444/2016). Dentre as medidas estratégicas para a prevenção ao tráfico de pessoas, se encontra a estruturação de rede de atendimento integrada de enfrentamento ao tráfico de pessoas, com fortalecimento de atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como as de fronteiras, portos, aeroportos e estações rodoviárias e ferroviárias (art. 3°, IV e V, da Lei n. 13.444/2016).

2.2 Análise crítica das respostas penais

O exercício do poder punitivo estatal se legitima pela manutenção da paz social. Para tanto, cumpre analisar os aspectos repressivos, preventivos, reparadores e restauradores do exercício pelo Estado do monopólio do direito de punir.

Entende-se que as contribuições das ciências, psicológicas, sociológicas, médicas, criminológicas, vitimológicas e de comunicação, devem ser integradas, adotando-se novo enfoque no direito penal, sem que com isso se desvirtue a sua integridade.

Isso porque o delito acarreta a quebra da confiança que o direito penal outorga a todos os seus integrantes (sociedade), a perspectiva da pessoa que sofre o delito (afeta seus interesses jurídicos) e o ofensor (na medida que não se recupera, socialmente falando). O desafio da dogmática penal no século XXI é reformular seus postulados, de forma a dar à vítima do delito a atenção que não recebe atualmente. A esse respeito, adverte Conforti:

> A necessidade de muitos profissionais do Direito, como da sociologia e criminologia em novos nichos de mercado que não se identificam com os princípios da dogmática penal e pretender não somente modificar, mas abolir um paradigma que desconhecem. [...] Essas boas intenções têm ficado ocultas detrás de uma conveniente obscuridade ou flexibilidade conceitual. Isso traz uma reflexão sobre se não é necessária uma reorientação no âmbito da problemática jurídica.[164]

A busca por alternativas à resposta penal tradicional deve percorrer as contribuições fornecidas por outras ciências, porém tal constatação não permite a importação pura e simples de seus conceitos, mas a reformulação e reinvenção da própria ciência penal. *Exempli gratia*, a importação pura e simples dos princípios da justiça restaurativa, sem atentar para os

[164] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 86 e ss., nossa tradução.

conceitos próprios do direito penal e dos atores legitimados a intervir, conduzirá ao puro e simples abolicionismo penal.

As diversas dimensões restauradoras do injusto penal serão analisadas a seguir, postulando-se que, quanto maior a sua desvinculação do paradigma do cárcere, maior será o grau de evolução da sociedade. Os problemas de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática demandam a criação de novas formas punitivas, que efetivamente possibilitem prevenir e solucionar os conflitos apresentados pela sociedade contemporânea.

2.2.1 A perspectiva retributiva

Atualmente proliferam os estudos penais e criminológicos que atestam que o aumento do caráter repressivo das penas não está diretamente relacionado à diminuição da criminalidade e da reincidência. Tais estudos visam a demonstrar que o combate à criminalidade não pode se cingir à análise meramente dogmática dos delitos e das penas, abstraindo-se do organismo social que lhe é subjacente.[165]

Nessa medida, deve ser efetuada uma análise conjugada pelas ciências jurídica, empíricas e biológicas, tomando-se como ponto de partida as necessidades e anseios da comunidade internacional, suas expectativas em determinado Estado, assim como a análise conjugada dos fatores criminógenos em nível estadual, municipal e regional.

A comunidade internacional regula seus anseios por meio de acordos internacionais, podendo ser destacados os voltados à tutela de bens jurídicos coletivos, tais como terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, tutela do meio ambiente e crimes cibernéticos.

---

[165] Nesse sentido: PRINS, Adolphe, *Criminalidad y represión*: ensayo de ciencia penal, cit., p. 5-7. Para o autor, os delinquentes profissionais, que formam a maior parte da população das prisões, são verdadeiramente a classe criminal. São os empedernidos, os incorrigíveis, os reincidentes. Ao lado da sociedade regular, são uma grande tribo rebelde, onde se confundem a miséria, a ignorância, o vício, o alcoolismo, a preguiça, a prostituição. Os soldados desse exército não obedecem a um desejo momentâneo, senão a uma tendência permanente. Não cometem o crime pelo crime, mas o incidente mais fútil os empurra a cometê-lo; aproveitam toda ocasião, e se pode dizer que da mesma forma que em certas agrupações a virtude é um ato reflexo, o mesmo neles com relação ao crime. Mais além, têm o mesmo que o mundo civilizado, uma opinião pública que os sustenta, que os excita, os de seu gênero de popularidade e constitui, em uma palavra, um estímulo para os heróis do vício o mesmo que encoraja os soldados do dever. [...] No delinquente ocasional predomina o fator individual. No delinquente habitual o fator social, a coletividade, predomina.

Os Estados, por sua vez, deveriam eleger bens jurídicos de caráter preferencialmente coletivo para compor seu *codex*, com base nos indicadores sociais e econômicos quantitativos e qualitativos das principais formas de criminalidade, apartando-se do fenômeno que se convencionou denominar de *direito penal da emergência*, ainda denominado *populismo penal.*

As análises estaduais, municipais e regionais permitem a formulação de macro e micropolíticas de atuação dos órgãos de persecução penal, individualizando e humanizando o tratamento despendido às vítimas e vitimários.

No primeiro plano, situam-se os tratados internacionais e a atuação integrada dos órgãos de persecução penal. No segundo plano, se insere a codificação das leis penais com base em indicadores sociais confiáveis, devendo, na medida do possível, afastar-se das pressões impostas pela mídia, que possui caráter imediatista e desvinculado de uma verdadeira e própria política criminal de Estado. Em terceiro plano, possibilita-se a aplicação concreta das políticas criminais pelos órgãos de persecução penal, estabelecendo-se diretrizes federais e estaduais de combate à criminalidade e ações municipais e regionais voltadas à aproximação do Estado com a sociedade.

Nessa medida, a lei, por si só, é inútil se não forem desenvolvidas políticas públicas de estado para o combate das forças coletivas que permeiam a criminalidade, estabelecendo-se metas a curto, médio e longo prazo.

A esse respeito, PRINS esclarece:

> [...] a invariabilidade das tendências e inclinações do homem e a enorme importância social da lei e dos números. Os números governam o mundo diz Goethe. Em nossos dias, os sábios, ortodoxos ou livre pensadores, tem reconhecido a existência de uma mecânica social. A humanidade é um organismo gigantesco, cujas engrenagens funcionam com uma harmonia prodigiosa [...]. Não existe um tipo abstrato de homem moral nem culpável; o crime não é um fenômeno individual, senão um fenômeno social. A criminalidade é formada dos mesmos elementos da humanidade, não é transcendente, senão imanente; pode ser considerada como uma degeneração do organismo social. [...] Em um ambiente social favorável à saúde moral; a inclinação ao crime é quase nula [...]. O crime é um fato social com uma causa social, e que está em conexão íntima com uma organização social dada.[166]

[166] PRINS, Adolphe, *Criminalidad y represión*: ensayo de ciencia penal, cit., p. 7, nossa tradução.

O fenômeno delitivo ou fenômeno vitimizatório, consoante o maior ou menor enfoque de um dos sujeitos do casal criminal, compreende três variáveis:

- produto (crime) – o nível de criminalidade como um todo e sua taxa de crescimento;
- a taxa de reincidência – a proporção de cidadãos que não se ressocializaram, mesmo tendo cumprido pena;
- a taxa de vitimização – os custos empreendidos pelo Estado com saúde pública e assistência social de pessoas que foram vítimas de crimes, tendo utilizado ou não o sistema de segurança pública.

Portanto, mister se faz a revisão da própria forma como são compilados os dados de segurança pública, de sorte que *à taxa de reincidência seja agregada a taxa de vitimização*, para que se possa coibir de forma adequada o ciclo de violência presente na nossa sociedade.

Nessa linha de raciocínio, não é exagerado supor, por exemplo, que o agressor doméstico foi também uma vítima direta ou indireta dessa prática delitiva na sua infância. A adoção desse enfoque implica a própria revisão do sistema de estatística judiciária criminal previsto no artigo 809 do CPP. Veja-se que pouco se avançou na compilação de dados oficiais desde o modelo proposto no anexo ao CP, que trata da qualificação do ofensor constante no boletim individual. São compilados todos os dados relativos ao seu estado familiar, laboral, condições físicas e psíquicas etc. Em sentido diametralmente oposto, não existe qualquer obrigatoriedade de compilação dos níveis de vitimização existentes, considerando-se como fatores o grau de vulnerabilidade da vítima, o efetivo prejuízo econômico causado, a necessidade de assistência médica, psicológica e social, os impactos causados pelo sistema de segurança pública e de justiça etc. Inexistindo práticas ou rotinas sistematizadas de atuação, a política pública empreendida em favor da vítima em nossa sociedade encontra-se pendente de implementação.

O direito penal do século XXI deve estabelecer premissas condizentes com seu tempo, da era da globalização, do afloramento da inteligência artificial, das neurociências e, de forma paradoxal, do profundo isolamento do ser humano em uma sociedade que valoriza vícios como o egoísmo exagerado e o consumismo desmedido.

A resposta punitiva corretiva das condutas delituosas possui em nosso sistema jurídico claro viés retributivo. Isso se deve ao fato de o direito e a sociedade terem nascido ao mesmo tempo, sendo assegurada a manutenção da paz social através do processo penal, ou seja, a outrora denominada guerra entre tribos hoje é denominada delito.

Tal fenômeno é inerente aos países de tradição romano-germânica (*civil law*), uma vez que é estruturado de forma a dar ênfase ao princípio da verdade material. Conforti esclarece que o sistema da justiça retributiva se baseia na violação da norma jurídica que corresponde a uma determinada punição ao infrator.[167]

Propõe-se, ao revés, que a imposição de pena privativa de liberdade pela prática de delito desempenhe o papel de *cláusula de reserva*. Buscar-se-á *prima facie* a restauração dos impactos negativos causados pela prática delituosa para, em um segundo momento, aplicar-se a espécie de pena adequada à ofensa causada ao bem jurídico tutelado. Em outras palavras, prega-se o abandono do silogismo jurídico formal pelo qual, se praticou X, o juiz deve impor Y, pois tal perspectiva anula o poder diretivo do Poder Judiciário para estimular comportamentos ou políticas públicas destinadas à proteção de bens jurídicos.

Na implementação desse objetivo, o *Parquet* desempenha política pública de estado essencial à consecução dos objetivos constitucionais do Estado Democrático de Direito. A ênfase no juízo prévio valorativo efetuado pelo titular da ação penal, permitindo que entre X e Y, existam outras alternativas (Z, W etc.), livremente pactuadas pelo *Parquet,* vítima e ofensor. O manto estatal se faz necessário, pois visa a corrigir desigualdades reveladas pela posição da vítima em relação ao ofensor, mormente no caso de sua vulnerabilidade, impedindo situações de discriminação. Não obtido ou frustrado o acordo, extrair-se-á como ilação lógica a impossibilidade de ressocialização do agressor. Nesse caso, a resposta punitiva

[167] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 12. A esse respeito, Beccaria pontua: "A multiplicidade do gênero humano [...] reuniu os primeiros selvagens. As primeiras uniões fizeram que necessariamente se formassem outras para resistir às primeiras, e desse modo o estado de guerra se trasladou dos indivíduos para as nações. [...] a soma de todas essas porções de liberdade de cada um sacrificada ao bem de cada um constitui a soberania da nação, e o soberano é o legítimo depositário e administrador delas." (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 16). Conforti acentua: "Correndo o risco de ser repetitivo, vale recordar que o 'pacto social' que uniu os homens, logo as famílias, as cidades, os povos, tem sido produto de viver em paz; dita união constrangeu os homens a cederem parte de sua liberdade em atenção ao bem público, com o único fim de que isso bastasse para induzir os demais a defendê-los não somente de outras tribos, mas também de seus congêneres se necessário." (CONFORTI, Franco, op. cit., p. 85, nossa tradução).

sobrevém como forma de obter conformidade ao ordenamento jurídico, sobressaindo-se o seu caráter de castigo, tal como se perquire no ideário popular.

O poder discricionário do promotor de justiça encontra limitação nos mandados explícitos e implícitos de criminalização, pois nessas hipóteses o legislador já apontou que, embora o poder seja discricionário, a solução perpassa pela imposição de pena privativa de liberdade, podendo ser negociado o seu *quantum*, mas não a espécie de pena aplicável. Em outras palavras, a CF estabelece o catálogo mínimo de bens que merecem proteção do Estado, pois o legislador não pode criminalizar um fato pela simples razão dele ser indesejado.[168]

Nessas hipóteses, fala-se em poder discricionário vinculado, pois a imposição de pena privativa de liberdade é a única opção disponibilizada pelo legislador constitucional. Desse modo, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), ao consolidar os mandados constitucionais explícitos de criminalização, apresenta rol, pelo qual o titular da ação penal deve perseguir como resposta penal primária a punição do ofensor, razão pela qual as funções preventivas, reparadoras e restauradoras da norma penal são tangenciadas em segundo plano.

A liberdade de conformação do promotor de justiça aos parâmetros estabelecidos pelo legislador penal abrange os seguintes crimes hediondos e assemelhados: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação; corrupção; adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente vulnerável; genocídio; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito; prática de tortura; tráfico ilícito de entorpecentes; e terrorismo (arts. 1° e 2° da Lei n. 8.072/90).

Mutatis mutandis, qualquer tentativa regulamentadora que busque impedir o exercício pelo Ministério Público da defesa da ordem jurídica, aportando soluções restauradoras à prática delitiva, se afigura inconstitucional. Nessa medida, a Resolução n. 181/2017, com a

[168] ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 32. A esse respeito, Reis Júnior aduz que: "Os mandados de criminalização, dispostos na Carta da República, correspondem a uma intervenção mínima, ou seja, revelam a necessidade de criminalizar e penalizar as condutas descritas implícita e explicitamente na Constituição." (REIS JÚNIOR, Almir Santos. Constituição e crime. *In*: PONTE, Antonio Carlos da (coord.); CASTRO, Wellington Clair de (org.). *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1, p. 7).

redação dada pela Resolução n. 183/2018 do CNMP, disse menos do que deveria ser dito, comportando interpretação ampliativa. Inexiste justificação jurídica para vincular a possibilidade de acordo de não persecução penal a hipóteses em que a pena privativa de liberdade tenha por patamar mínimo o montante de quatro anos, a fixação do prejuízo econômico de até vinte salários mínimos ou a limitação à adoção de soluções restaurativas pelo simples fato de que houve grave ameaça ou violência a pessoa (art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP). Da mesma forma, o CNMP deixou de regulamentar as possibilidades em que o *Parquet* poderia proceder à imposição negociada de pena, nos casos em que houve a restauração pelo ofensor do desequilíbrio causado ao tecido social e a reparação do dano causado à vítima.

Por conseguinte, a adoção dos institutos do contrato de não persecução penal ou de imposição negociada de pena independe de prévia regulamentação legislativa, pois decorre do sistema de princípios adotados pela República Federativa do Brasil, sendo direito fundamental da vítima, da sociedade e do próprio ofensor (art. 5°, § 2°, da CF).

2.2.2 A perspectiva preventiva

O delito produz a ruptura da lei e com isso do pacto social em si mesmo, o que atenta contra a própria filosofia política do Estado, que busca através da inibição de condutas (prevenção geral negativa) castigar aquele que violou a norma penal. A *ratio essendi* do direito é resguardar a sociedade das rupturas normativas de seus integrantes e evitar a vingança privada, para obter a manutenção da paz social. Nesse sentido, Conforti esclarece:

> Os ordenamentos jurídicos devem impactar positivamente tanto o aspecto preventivo e de resolução de conflitos, como na sustentabilidade e fortalecimento dos elementos que dão sustento ao estado de paz; por isso é que suas ações não devem gerar danos e, por sua vez, ser capaz de propiciar relações de confiança e de resolução pacífica de conflitos. [...] Toda vez que os ordenamentos jurídicos são uma parte fundamental das estruturas que conformam a nossa sociedade, seu compromisso com a paz deve ser visível para superar o desafio e conseguir a confiabilidade da sociedade.[169]

Desse modo, a pedra de toque da legislação penal consiste em impor como consequência do delito a possibilidade de coerção penal pela ameaça de pena.

---

[169] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 123.

No dizer de Muñoz Conde e García Arán:

> A pena não se aplica para reparar o dano ocasionado à vítima, mas apenas para confirmar ante os cidadãos a urgência do direito penal como protetor de bens jurídicos e, em definitivo, para constatar a presença do Estado na ordenação da convivência, como única via para obter a realização de fins preventivos.[170]

Veja-se que a reparação do dano é fenômeno próprio do direito civil, nada impedindo que o *Parquet* proceda à cumulação de pedidos, desde o oferecimento de denúncia, por força dos artigos 91, inciso I, do CP (efeito automático da condenação) e 387, inciso IV, do CPP (fixação de danos mínimos estimados em favor da vítima).

Desse modo, a responsabilidade penal é "uma responsabilidade frente ao Estado e não uma forma de resolver conflitos entre sujeitos privados (autor e vítima)"[171]. Portanto, ainda que da prática da infração penal derive a responsabilidade civil, o que se constata é a obrigação do Estado que deve estabelecer mecanismos para fazê-las efetivas.

A utilização de práticas restaurativas visa à restauração da confiança geral no sistema (prevenção geral positiva), por meio da adoção de instrumentos de autorresponsabilização do ofensor, compensação do dano infligido à vítima e à comunidade, restauração do equilíbrio social e individual rompidos e reinserção social do próprio ofensor. Visa ao restabelecimento na confiança no direito e reafirma o direito penal como instrumento de pacificação e consolidação de normas básicas de convivência.

Parafraseando Roxin, a prevenção não se limita à intimidação, mas na força para impor-se, que somente será obtida por intermédio do viés reparador e restaurador da vítima e da comunidade. A mera punição do ofensor, aplicada de forma heterônoma, não é, por si só, instrumento hábil para a obtenção da exclusão ou minimização dos efeitos do crime para a vítima ou restauração da paz social violada.

---

[170] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 687. Nossa tradução.
[171] Ibidem, p. 689.

2.2.3 A perspectiva reparadora

A colocação da vítima no centro das preocupações da dogmática penal contemporânea ensejou a elaboração, em 1992, do Projeto de Código Alemão de Reparação. Por esse modelo, a vítima deve recuperar o protagonismo no estabelecimento da paz jurídica.[172]

O modelo de reparação proposto cria uma terceira via como forma de resposta ao delito praticado, por meio da contraprestação voluntária do ofensor, a partir de enfoque pessoal e social, obedecendo-se ao princípio da subsidiariedade das penas. Tal modelo se encontra presente na doutrina de Roxin, por meio da inclusão da reparação no sistema penal de sanções, a fim de obter reconciliação entre vítima e autor do fato delituoso.[173]

Para Mir Puig, a reparação civil constitui uma terceira consequência do cometimento do delito, ao lado da pena e da medida de segurança. A questão reside em "decidir se as prescrições que a estabelecem pertencem ou não ao direito penal, do qual depende o seu conceito".[174]

O cometimento de um delito pode acarretar dano patrimonial à vítima e outros prejudicados[175]. A imposição da pena acarreta, por consequência, o dever de reparar o dano causado (art. 91, inciso I, do CP). Mir Puig exemplifica:

> O autor de um roubo não somente deve sofrer a pena privativa de liberdade correspondente, senão que está obrigado a restituir a coisa roubada e a indenizar os prejuízos morais e materiais causados à vítima; o homicida, ademais de ter assinalado uma pena privativa de liberdade, deve indenizar a viúva da vítima pelos prejuízos materiais e morais que causou com a morte de seu marido.[176]

---

[172] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 37.

[173] ROXIN, Claus. Pena y reparación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, v. 52, p. 6, 1999. Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/1999_fasc_I_Parte1.pdf. Acesso em: 07.09.2019.

[174] MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*: parte general, cit., p. 10, nossa tradução.

[175] Ibidem, p. 10. O artigo 91 do CP deve ser interpretado de forma integrada com os artigos 63 a 68 do CPP. Veja-se que o parágrafo 1° do artigo 46 do CP estabelece como pena alternativa à pena privativa de liberdade a pena de prestação pecuniária, que vem ao encontro ao artigo 387, IV, do CPP, ao estabelecer como montante de reparação a importância mínima de um salário-mínimo e máxima de trezentos e sessenta salários-mínimos. A efetividade da regra inserta no artigo 91, I, do CP pode ser encontrada no CPP no Título II – "Das Medidas Assecuratórias", bem como nos capítulos que tratam "Da Busca e Apreensão" (arts. 240 a 250), "Da Restituição das Coisas Apreendidas" (arts. 118 a 124) e no Titulo IV – "Da Ação Cível". A responsabilidade civil se encontra regulada no CC nos artigos 927 a 957, que versam sobre a obrigação de indenizar e da indenização.

[176] Ibidem, p. 10, nossa tradução.

Ao mencionar que na Espanha as responsabilidades penal e civil são apuradas de forma simultânea, Mir Puig destaca que a responsabilidade civil poderia ser interpretada como um terceiro instrumento do direito penal, ao lado das penas e medidas de segurança. Nessa acepção, nos delitos menos graves, a responsabilidade civil possui maior poder de intimidação do que a responsabilidade penal e, em termos político-criminais, seria dada adequada atenção à vítima, e não apenas ao delinquente.[177]

Nessa acepção, o direito penal pode ser expandido para outras formas de prestação em favor da vítima, que não fiquem restritas ao caráter pecuniário. Embora a responsabilidade civil possa ser utilizada a partir da política criminal, como uma arma civil no tratamento do delito, elas não se confundem, pois a lei penal se destina a evitar o delito (função preventiva), ao passo que as normas de responsabilidade civil visam a imputar o dano já produzido ao seu responsável direto ou subsidiário.[178]

Partindo dessas premissas, o promotor de justiça, no uso de sua prerrogativa constitucional de titularidade da ação penal pública, deve, no *âmbito extraprocessual*, fomentar que o ofensor proceda à reparação do dano causado ou restituição do objeto material da prática delitiva, podendo inclusive celebrar acordo de imposição negociada de pena, submetendo-o a posterior homologação judicial, valendo-se das diretrizes da causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do CP, *in verbis*:

> Art.16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

No exercício de sua função de garantia da ordem jurídica, sobressai o seu dever-poder de conduzir sua atuação de forma igualmente parcial, em relação aos dois atores do fenômeno criminógeno, vítima e vitimário, zelando para que haja o equilíbrio de poderes entre ambos, evitando que o direito penal se converta em instrumento de mercantilização de qualquer das

---

[177] MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*: parte general, cit., p. 12-14.

[178] Ibidem, p. 12-14. Hassemer e Conde destacam que o risco da "mercantilização do direito penal, como uma espécie de pacto ou acordo entre as partes envolvidas em um conflito penal e como forma de que o delinquente rico possa evadir sua responsabilidade penal simplesmente pagando a vítima ou a seus herdeiros ('te pago tanto se não me denunciar, se retirar a queixa'), ou de que estes possam chantagear o delinquente ('quanto me pagará se não te denunciar' etc.). Também encerra o risco de desformalização, é dizer, de que o conflito, que pode ser às vezes um grave delito, se solucione à margem do controle das instituições sociais, ignorando o caráter público do direito penal, que vive [...] da 'neutralização da vítima', é dizer, que esta realize justiça com as próprias mãos, ou utilize o direito penal segundo sua particular conveniência" (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución a la criminologia y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 246. Nossa tradução).

partes. Como valores de sua atuação funcional pode-se destacar a busca pela restauração da paz social e a recomposição do bem jurídico violado pela prática criminosa.

Veja-se que o beneplácito legal estabelece como condição objetiva o marco temporal do *recebimento* da denúncia. Surgem duas soluções alternativas possíveis ao processo litigioso: a primeira é a celebração de acordo de não persecução penal antes do oferecimento da denúncia, obedecendo-se às normas mínimas de atuação estabelecidas pelo artigo 18 e ss. da Resolução n 181/2017 com a redação dada pela Resolução n. 183/2018; após o oferecimento da denúncia e até o seu recebimento ainda será possível a celebração do acordo de imposição negociada de pena.

No primeiro caso, sequer será necessária a homologação judicial, em razão da não recepção do artigo 28 do CPP, ante a adoção do sistema acusatório pelo artigo 129, I, da CF[179]. Em outras palavras, a *opinio delicti* pertence ao Ministério Público, de forma que o artigo 28 do CPP constitui anomalia no sistema acusatório, em razão da interferência judicial na sua esfera de atuação de imputação da prática de crimes. Para Minagé:

> É inadmissível no atual sistema apregoado pela Constituição que o Judiciário realize o controle de legalidade sobre uma função da qual não é competente, ou seja, não é sua a *opinio delicti*, não constituindo sua função achar ou deixar de achar que se deve ou não oferecer denúncia. Descumprindo a norma constitucional, o juiz estará atuando como parte e violando o sistema acusatório. Em conformidade com a Constituição Federal/1988, o controle acerca do arquivamento ou não do inquérito policial deverá ser realizado pelo próprio Ministério Público através dos órgãos da Administração Superior do mesmo.[180]

[179] Para Lopes Junior, a CF adotou o modelo acusatório, que tem por característica a separação entre as funções de acusar, defender e julgar (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1, p. 52). Os princípios adotados pelo sistema processual constitucional confirmam essa opção, ao prever como princípios o contraditório, a ampla defesa, a oralidade e a publicidade. O artigo 28 do CPP estabelece: "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender". De forma diametralmente oposta dispõe o artigo 129, I, da CF: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei."

[180] MINAGÉ, Thiago M. *Inconstitucionalidade do art. 28 do CPP*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-do-art-28-do-cpp. Acesso em: 26 out. 2019. No sentido do controle de legalidade do arquivamento de inquéritos policiais e peças de informação, o artigo 58 da Lei Complementar n. 75/93 estabelece que o seu controle seja efetuado por Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Em hipótese de discordância com a promoção de arquivamento, o artigo 62, IV, prevê que o juiz deve em regra remeter os autos à Câmara de Coordenação e Revisão, salvo nos casos de competência originária do procurador-geral de justiça. Nesse sentido, o parágrafo 6° do artigo 18 da Resolução n. 181/2017, com a redação dada pela Resolução n. 182/2018, prevê que "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 fazê-la;

O Ministério Público possui o direito de provocar o Estado-juiz na sua função de aplicar o direito penal objetivo no caso concreto, mormente porque o Estado é o único titular do *jus puniendi* e pode utilizar a ferramenta processual como forma de satisfazer sua pretensão punitiva.

Nessa medida, o Ministério Público é o órgão estatal responsável pela avaliação de uso da prerrogativa da renúncia ao exercício da ação penal pública ou avaliar se estão presentes as hipóteses em que não há justa causa para a sua propositura[181]. Contra a adoção pura e simples da justiça restaurativa que, consoante já assinalado, pode conduzir ao abolicionismo penal, Hassemer e Conde destacam que o direito penal é um direito penal público, cuja aplicação se rege pelos princípios da oficialidade e da legalidade, e não depende da vontade dos protagonistas do conflito penal. A reparação pode ser utilizada como uma forma de reação social à criminalidade, substitutiva das punitivas propriamente ditas, e especialmente da prisão, devendo seguir os parâmetros legais estabelecidos.

Nada impede que o ofensor, pessoa maior e capaz, e desde que assistido por advogado ou defensor público, concorde com a imposição de pena privativa de liberdade, valendo-se da prerrogativa do artigo 16 do CP, acordando de forma cumulativa ou substitutiva, caso presentes os requisitos do artigo 44 do CP, ao parcelamento do montante indenizatório devido ou a formas alternativas de ressarcimento. A proteção à vítima constitui parâmetro de negociação objetiva da eficácia da indenização ou restituição efetuadas, incorporando o direito penal da reação social à *práxis* jurídica. Nos casos de crimes que não se enquadrem na limitação objetiva do artigo 16 do CP, as partes podem utilizar outras medidas benéficas, como os artigos 65 e 66 do CP.

---

complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; [...] III - reformular a proposta de acordo de não persecução penal para apreciação do investigado; IV - manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a instituição".

[181] O artigo 41 do CP traz *a contrario sensu* as hipóteses em que não há justa causa para o exercício da ação penal: o fato narrado não constitui crime, houve extinção da punibilidade, inexistem pressupostos processuais e há ausência de uma condição exigida em lei para o regular exercício do direito de agir. A essas hipóteses podem ser acrescidos os casos de cumprimento de acordo de não persecução penal celebrado com o Ministério Público, manifesta causa excludente da ilicitude ou culpabilidade (art. 394 do CPP; art. 188, II do CC − "a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa a fim de remover perigo iminente" – mais amplo do que o art. 24 do CP). Há que se destacar, desde já, a não recepção do artigo 103 do CP, ao estabelecer prazo contra a vítima de crimes para exercer sua prerrogativa de propor queixa-crime nos crimes de ação penal privada ou oferecer representação nos casos de ação penal pública condicionada a representação, consoante será detalhado ao tratar da perspectiva restaurável.

O processo e os procedimentos estabelecidos são uma garantia ao acusado contra o arbítrio do poder estatal. Porém, não se desconhece que a excessiva formalização de procedimentos atenta contra a celeridade da distribuição da justiça pelo Estado, bem como contra a dignidade humana do ofensor e da vítima. Tal fato inclusive ensejou a inclusão, em 31 de dezembro de 2004, da emenda constitucional que introduziu o inciso LXXVIII ao artigo 5° da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Portanto, a atuação extraprocessual do Ministério Público vem ao encontro do tratamento digno e isonômico da vítima e vitimário (art. 1°, III, da CF), ambos submetidos ao controle estatal formal justificado pela violação a bem jurídico protegido pela norma penal, e sem descuidar da autonomia da vontade de ambos.

A relação dialógica estabelecida entre o *Parquet* e as partes contribui para a restauração do injusto penal, pois "quanto antes se obtiverem soluções, menor será o sofrimento das pessoas envolvidas no conflito, e menor será a repercussão em outras áreas da vida do sujeito"[182]. No direito penal resolutivo, o *Parquet* atua como gestor das relações conflitivas, traumáticas e violentas causadas pela prática de crimes, pautando-se pelo respeito à personalidade de cada um dos envolvidos, fomentando o delicado equilíbrio na resposta estatal atribuída a cada caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, ao tratarem da reação social frente à criminalidade, Hassemer e Conde destacam que a liberdade é um elemento tão indispensável à sociedade como é a segurança dos indivíduos e, por conseguinte, da própria sociedade. *Mutatis mutandis*, inexistem direitos absolutos, razão pela qual os direitos fundamentais segurança e liberdade devem ser harmonizados – à liberdade possível corresponde a segurança necessária à eficácia do sistema penal.[183]

---

[182] STOLFI, Giuseppe. *Il negozio giuridico è un atto di volontà*. Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, Disp. 3, parte IV, 1948. Torino: UTET, 1948. p. 123-127.
[183] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introdución a la criminologia y a la política criminal*, cit., p. 18-19.

Ao lado dos princípios da humanidade e dignidade do ofensor e da vítima, os próprios processos de imputação de responsabilidade devem ser revistos, sejam eles materiais (culpabilidade) ou processuais (presunção de inocência, direito ao silêncio etc.).

De toda forma, incabível será o abandono puro e simples do espaço estatal garantidor do respeito aos direitos fundamentais, representando pela figura do *Parquet*, com a adoção tão somente da perspectiva reparadora como resposta à prática de crime. A redução do conceito de crime ao conceito de violação a direito subjetivo não impede o retorno à vingança privada e preservação dos valores essenciais à vida em sociedade. Caso o bem jurídico tutelado não possua dignidade penal que se extrai dos valores tutelados constitucionalmente, deve-se proceder à sua descriminalização, adotando-se tão somente as soluções já aportadas pelo direito civil ou outros ramos do direito.

2.2.4 A perspectiva restaurativa

O *injusto penal restaurável* (*criminalis iniquum reparabilis*) que proponho neste trabalho é nova categoria jurídica que permite que o *instituto da restauração* seja incorporado à dogmática jurídico-penal e à práxis forense, atuando ambos de forma uniforme e complementar.

A incorporação do valor restaurativo ao tipo (*Tatbestand*) permite que o direito penal aborde os aspectos materiais e imateriais do delito em sua plenitude. Ainda que a incorporação da visão reparadora descrita *ut supra* permita que se tenha uma tutela judicial e extrajudicial mais eficaz[184], existem aspectos delitivos que afetam a vítima, comunidade e instituições sem que seja possível reduzi-los a um denominador econômico (*v.g.* traumas individuais, coletivos, históricos, culturais etc.). *Per viam exempli gratia,* o Anteprojeto de Lei Anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça, ao prever a inclusão do artigo 124 no CPP, realiza importante passo na tutela de bens coletivos culturais, possuindo viés restaurador, já que toda a comunidade terá acesso a bens de valor cultural ou artístico destinados a museus públicos, o que lhe havia sido tolhido pela conduta criminógena, *in verbis*:

[184] Hipóteses de acordos de não persecução penal previstos nas Resoluções ns. 181/2017 e 183/2018 do CNMP.

> Art. 124-A. No caso de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, poderão ser elas destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada ou se a vítima for a Administração Pública direta ou indireta.[185] (NR)

Veja-se que ao mencionar a expressão "vítima determinada", esta pode se referir ao próprio autor da obra de valor cultural ou artístico, ou aos seus descendentes. As demais pessoas que sob qualquer motivo detenham a posse do bem devem comprovar sua posse lícita (por exemplo, uma joia do Império adquirida sem nota fiscal deve ter como destinação preferencial um museu público, possibilitando a todos os membros da comunidade o acesso ao estudo de indumentárias da época do Império). Mesmo se a vítima for pessoa jurídica de direito público, deverá comprovar que o bem compõe o seu patrimônio lícito.

Na visão restauradora ainda, a entrega a museu público de bem de valor cultural ou artístico, obtido por meio ilícito, que tenha sido utilizado como instrumento para a prática de crime, poderá compor acordo de não persecução penal celebrado com o *Parquet*, abarcando todos os efeitos do injusto penal deletérios para a sociedade.

Nessa perspectiva, ao conceito de injusto penal culpável deve ser agregado o conceito de *injusto restaurável* que, em termos práticos, pode servir de supedâneo para a aplicação de causa supralegal de exclusão da punibilidade. Por conseguinte, a punibilidade não é elemento essencial à teoria do delito, mas uma forma de resposta estatal possível, mas não necessária.

Acordada a restauração dos efeitos deletérios da prática de crimes, sua eficácia ficará sobrestada, até que haja o implemento das medidas reparatórias e restauradoras acordadas. Isso porque se entende que o rol do artigo 107 do CP é meramente exemplificativo, podendo ser agregadas outras, como as do artigo 312, parágrafo 3°, do CP e a Súmula n. 554 do STF, cuja exegese *a contrario sensu* nos permite concluir que o pagamento de cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia é causa que extingue o direito de punir. Nessa linha, a homologação e efetivo cumprimento de acordo de não persecução penal atinge o próprio direito material de punir e, por via oblíqua, tem como consequência a extinção da ação penal interposta em violação ao acordado, por faltar uma das condições da ação: o interesse de agir.

[185] O Anteprojeto de Lei Anticrime está disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 01 ago. 2019.

Longe de violar os princípios penais, tal entendimento vem ao encontro dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, pois incorpora na *práxis* jurídica valores propugnados pelos adeptos da denominada justiça restaurativa, sem descaracterizar a ciência penal. Isso porque, em última análise, os valores restaurativos tradicionais conduzem à pura e simples abolição do paradigma penal, partindo de premissas jurídicas que o desconhecem, tolhendo o monopólio do direito de punir estatal, sem que existam garantias de que tal proceder conduzirá a efetiva paz social almejada. Na linha proposta, Frish defende que o fato punível prescinde do processo penal, razão pela qual nada impede a aplicação da perspectiva do injusto penal restaurável, não vinculado à existência prévia ou posterior de um processo penal.

Vejamos. O conceito ou a definição de fato punível – como sistema de conceitos, critérios e interpretações do ordenamento jurídico penal, de modo a estruturar a sua aplicação visa estabelecer critérios de punibilidade e de segurança jurídica.[186]

Nessa perspectiva, o fato punível estrutura-se em tipo de injusto (ação típica e ilícita) e culpabilidade (como capacidade de punibilidade, ou potencial conhecimento do injusto e de exigibilidade de comportamento diverso). A convergência da ação típica com a ilicitude permite extrair o tipo de injusto[187], independente do sistema de fato punível adotado (bipartido ou tripartido). O tipo de injusto possui por elementos a conduta, o tipo penal e a ilicitude.

No âmbito penal, o *enfoque restaurativo tradicional* pretende se erigir como uma *nova forma de tratar as consequências do crime*. Zehr postula que vítima e ofensor são os protagonistas principais da ação restaurativa, ainda que em alguns programas se integre a comunidade e instituições afetadas direta ou indiretamente pela sua prática. Sua visão é inerente aos países de tradição anglo-saxônica (*common law*), pois de um lado a vítima que sofre "as consequências do delito", torna-se a protagonista, perante a qual o ofensor deve se redimir. O encontro de todos os afetados pela prática do crime permite que possam acordar como se pode restaurar o ocorrido, retrocedendo ao momento prévio ao ilícito, permitindo a

[186] ROXIN, Claus, *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito, cit., v. 1, p. 95;
[187] Ibidem, p. 71.

reparação do dano ocasionado. Portanto, sua visão se resume a: quem sofreu um dano? Quais necessidades possuem o ofendido? Quem está obrigado a satisfazer tais necessidades?[188]

Em sentido diverso, Conforti destaca que sob o prisma penal podem ser apontados três erros básicos, que demonstram que os defensores da justiça restaurativa tradicional *desconhecem* o sistema penal:

- Adotam visão sociológica e não jurídica do delito – a esse respeito, Carnelutti aponta que, do ponto de vista sociológico, um fato é delito por ser contrário ao bem comum, ou, em outros termos, prejudicial à sociedade. Tais noções não podem ser confundidas com noções jurídicas, pois levariam a propostas desnaturalizantes do direito penal.
- Sua visão equivocada de delito repercute naquilo que se pretende humanizar, uma vez que ao utilizar a expressão dano em sentido coloquial, se distorce seu significado. A ciência penal utiliza conceitos como causas do delito, isto é, os aspectos estáticos do delito, o que de ordinário conduz à necessidade de sua reparação.
- O equívoco está relacionado à visão de sociedade, uma vez que em direito penal a sociedade se situa à frente dos indivíduos que a compõem.

Portanto, ao converter de forma quase automática a vítima e ofensor nos protagonistas e destinatários das práticas restaurativas, desvirtua-se o que se entende por sociedade e o pacto social que ela representa. Sua aplicação levaria, em última análise, à privatização da resolução de conflitos em matéria penal, com a consequente desnaturalização da sociedade e do próprio Estado. Seria o equivalente ao retorno da "guerra de todos contra todos", eliminando-se o direito e, por via oblíqua, o próprio Estado, já tão fragilizado em razão do fenômeno da globalização. Cumpre frisar, entretanto, que não se está com isso propondo que seja desconsiderada a vítima do delito, porém, nas hipóteses em que seja determinada, atuará como representante da sociedade que integra, sem prejuízo inclusive da inclusão da figura da *vítima substituta* e/ou membros da comunidade, conforme o bem jurídico protegido seja individual ou coletivo.[189]

---

[188] Nesse sentido: CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., 49.

[189] É comum a utilização de vítimas substitutas, nas hipóteses em que a vítima quer que o vitimário se redima pelos atos praticados, porém não deseja participar diretamente dos encontros com ele, ou nas hipóteses em que esse encontro possa acarretar riscos à segurança e integridade da própria vítima.

Mutatis mutandis, o *paradigma restaurativo transformativo* se baseia na premissa da mudança da visão que temos de sociedade, com evidentes reflexos na forma como vemos o poder punitivo do Estado. Para tanto, se faz necessário que a sua prática contemple os aspectos dinâmicos do delito. Para Conforti, a transformação operará quando se dê por igual, tanto na comunidade (na qual se inclui a pessoa que sofreu o delito), como no ofensor. Tal objetivo pode ser alcançado quando se trabalha nos atos de omissão aos quais incorrem todos os envolvidos da prática restaurativa, e não somente a pessoa que sofreu o delito. Isso implica em não menosprezar a pessoa que sofreu o delito, devendo haver tratamento adequado de seus aspectos dinâmicos, ou seja, a conduta ofensiva pela qual são produzidos seus componentes imateriais ou intangíveis e que dará ensejo ao fato jurídico restaurável.

A esse respeito, Conforti propõe que seja agregado à doutrina penal o conceito de fato restaurável, pregando de forma equivocada, todavia, a ausência de qualquer alteração nas consequências jurídicas atribuídas ao delito, bem como no processo penal respectivo:[190]

> Desde a dogmática penal, até uma análise crítica dos princípios filosóficos que informam a justiça restaurativa tradicional, como resultado obtenho que o conceito de delito, dano e o papel atribuído à sociedade não se ajustam à ciência penal [...]. A análise da prática do delito [...] – é possível a criação de uma figura jurídica nova – o fato jurídico restaurável que dá cobertura aos princípios e valores restaurativos na ciência penal, partindo da ciência penal e subsidiando a falência da justiça restaurativa tradicional [...]. Do olhar de funcionamento de cada instituição aos lugares de silêncio obscurecidos das instituições punitivas e das políticas criminais relacionadas, as vozes mudas ou silenciadas daqueles que querem ser protagonistas do processo. Esse olhar é essencial se se quer garantir a convivência social, o respeito aos direitos humanos, a dignidade e legitimidade do sistema penal. Acusam e julgam em prol da coletividade e, portanto, em prol de cada uma das pessoas que o conformam, não faz ninguém sofrer mais do que o estritamente necessário. A tarefa é complexa, pois a baixa efetividade leva, por vezes, a violentar direitos individuais.[191]

Dentro dessa nossa visão do direito penal que abranja o fato restaurável, temos três dimensões a serem analisadas pelos operadores jurídicos, diante a prática de uma infração penal:

- **fato jurídico reparável** − suscetível de valoração econômica − dano moral, dano material e qualquer tipo de lesão quantificável;
- **fato jurídico punível** − castigado com uma pena – crimes e contravenções penais;

[190] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 16-21.
[191] Ibidem, p. 16-20, nossa tradução.

- **fato jurídico restaurável** − não admite valoração econômica e não é indenizável nos termos previstos pela legislação civil – *v.g.* trauma da pessoa que sofre o delito de estupro ou erro médico. A paz entre os envolvidos possui conotação mais humana, vitimológica, e tem por escopo a obtenção da cultura da paz.[192]

Nas duas primeiras dimensões, a resposta penal à prática do injusto penal pode ser obtida pelo modelo litigioso tradicional. Entretanto, a dimensão do fato jurídico restaurável não constitui mais uma instância a ser percorrida pelo sistema de justiça, sem prejuízo do processo penal tradicional e da imposição da pena prevista abstratamente, com o que nos apartamos do entendimento de Conforti[193]. Isso porque o entendimento proposto não conduz a nenhum estímulo a ressocialização do infrator, e se baseia em um genérico "dever moral", inexistindo medidas de coerção que o estimulem a assim proceder. Ademais, se concorrerem causas de justificação para o ato praticado, não teria sentido se impor, ainda que moralmente, o dever de restauração da ofensa praticada, uma vez que o ofensor teria agido sob a égide do próprio direito.

O que caracteriza o direito penal é justamente a possibilidade de imposição de pena (coerção). O único diferencial é que tal caminho pode dar ensejo à aplicação de causas extralegais de extinção do direito de punir, desde haja a prévia reparação do dano e a restauração do trauma ocasionado (ênfase às dimensões reparadoras e restauradoras do injusto penal).

Para tanto, entendemos que as anuências de infrator e vítima em participar de mediação penal conduzida pelo *Parquet*, em regime de cofacilitação com mediador capacitado, integram o papel híbrido conferido pela nossa Constituição ao Ministério Público (arts. 127 e 129 da CF): a discricionariedade do *Parquet* na propositura da ação penal (*dominus litis*) e o papel de *ombudsman* da sociedade.

---

[192] CONFORTI, Franco, *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal, cit., p. 20.

[193] Explicita Conforti: "A ruptura das normas deve continuar sendo retribuída com uma pena a cumprir, agora bem não menos certo é que não é meu objetivo trabalhar sobre a finalidade da pena, senão buscar dentro da dogmática penal a forma de dar resposta à problemática atual, que é brindar a pessoa que sofre o delito com uma atenção especial que não recebeu até agora por parte do direito penal, e deixar claro para a sociedade, em seu conjunto, que se faz necessário precisar alguns conceitos de conflito, conflito jurídico, conflito penal e delito para advertir que é necessário seu pleno conhecimento ao falar de paz." (CONFORTI, Franco, op. cit., p. 86, nossa tradução).

Nada impede, aliás é aconselhável, que o promotor de justiça criminal incorpore à sua atuação aspectos típicos da tutela dos interesses difusos ou coletivos (denominados tão somente de bens coletivos na seara criminal). No exercício de suas atribuições pode celebrar compromissos de ajustamento de condutas, baseado na interpretação sistemática dos artigos 387, inciso IV, do CPP; 91, inciso I, do CP; 1º e 3º da Lei n. 7.347/85; 82 da Lei n. 8.078/90. Importante frisar, neste ínterim, que sua abrangência ultrapassa o mero denominador econômico, possibilitando a imposição de obrigações de fazer ou não fazer, com índole notadamente restauradora, consoante o que segue:

> *CPP*
> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
> [...]
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;
> *CP*
> Art. 91 - São efeitos da condenação:
> I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
> *Lei n. 7.347/85*
> Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
> I - ao meio-ambiente;
> II - ao consumidor;
> III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
> V - por infração da ordem econômica;
> VI - à ordem urbanística;
> VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
> VIII - ao patrimônio público e social.
> *Lei n. 7.347/85*
> Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.
> *Lei n. 8.072/90*
> Art. 81. *A defesa dos interesses e direitos* dos consumidores e *das vítimas* poderá ser exercida em juízo individualmente, *ou a título coletivo*.
> Parágrafo único. *A defesa coletiva* será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifamos).

Veja-se que a tutela coletiva é instrumento apto à adoção de políticas preventivas à vitimização primárias e secundárias por parte dos legitimados para a propositura da ação civil pública, preservando o caráter de *ultima ratio* do direito penal. Dentre os instrumentos extrajudiciais, o Ministério Público dispõe da ferramenta exclusiva do inquérito civil e o

procedimento investigatório criminal. Os anseios pela implementação em nosso ordenamento jurídico de um processo coletivo para a tutela de bens jurídicos penais de caráter coletivo devem passar necessariamente por uma análise sistemática do ordenamento jurídico vigente, sem descurar de uma cuidadosa análise do fenômeno da vitimização e seus aspectos preventivos primários, secundários e terciários.

Decorre naturalmente da atribuição criminal a cumulação para análise de aspectos inerentes à *prevenção à vitimização*, que perpassa pela cobrança de formulação de políticas públicas efetivas voltadas às pessoas e coletivos vulneráveis[194]. Havendo, portanto, bem jurídico tutelado na seara penal, compete ao promotor de justiça criminal o dever de atuar preventivamente, cobrando a formulação de políticas de segurança e saúde públicas, em especial no caso de *vítimas potenciais vulneráveis* (*v.g.* prevenção de atos violadores à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos).

Cumpre mencionar ainda que, na seara da segurança pública, a atuação preventiva do *Parquet* decorre do próprio controle externo concentrado ou difuso da atividade policial, previsto nos artigos 129, VII, da CF e 3° da Lei Complementar n. 75/93, que abrange desde o controle procedimental do inquérito policial, o controle extraprocessual da eficiência da investigação, das políticas de segurança pública e a ausência de arbitrariedade na investigação e policiamento preventivo e repressivo à prática de crimes. A esse respeito, Ávila propugna que:

> O controle externo da atividade policial está associado a um novo paradigma de atuação do Ministério Público, que não se limita à atuação demandista, processual e repressiva, antes atua de forma resolutiva, extrajudicial, proativa, preventiva, promovendo diretamente entendimentos e gestões tendentes à resolução de problemas, atuando como um relevante "catalizador jurídico" para que o Estado ou as outras instituições da sociedade venham aderir ao projeto constitucional de justiça social. Essa característica do Ministério Público fica explícita do indicado no art. 127, *caput*, da CRFB/1988, que estabelece ser função institucional do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (todos eles ligados a aspectos jusfundamentais), bem como consta no art. 129, inciso II, que indica ser atribuição do Ministério Público "zelar

[194] Aliás, impossível falar-se em papel preventivo do Ministério Público à prática de crimes e defesa de direitos fundamentais, sem falar-se no seu papel de controle da própria vitimização, pois o vitimário de hoje é a vítima de amanhã, pois os ciclos de violência e vitimização estão necessariamente interligados (*acting in/acting out*). Justamente dessa constatação é que a integração na ciência penal do injusto penal restaurável assume acentuada importância, integrando-se ao saber dogmático o saber empírico.

> pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".[195]

Nesse sentido, a Resolução n. 20, de 28 de maio de 2007 do CNMP[196] esclarece:

> Art. 2º. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para:
> I - *o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis*;
> II - a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
> III - *a prevenção da criminalidade*;
> IV - a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal;
> V - a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal;
> VI - a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal;
> VII - a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

---

[195] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O controle pelo Ministério Público das políticas de segurança pública. In: DUARTE, Antônio Pereira *et al*. (org.). *O Ministério Público e o controle externo da atividade policial*: dados 2016. Brasília: CNMP, 2017. p. 24-25. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2017/Livro_controle_externo_da_atividade_policial_internet_atual.pdf. Acesso em: 26 out. 2019. Prossegue o autor: "Infelizmente, o Brasil se encontra em uma situação dramática de violações de direitos fundamentais em razão da prática de crimes. Pesquisa do IPEA documentou que 78,6% da população brasileira possuem muito medo de ser assassinada, 11,8% possuem pouco medo, e apenas 9,6% não possuem medo. Segundo o UNODC, das 30 cidades mais violentas do mundo, 11 são brasileiras. Segundo o índice de percepção da corrupção, o Brasil está na 79ª posição do *ranking* internacional da corrupção, perdendo para diversos vizinhos sul-americanos. Em 2014, houve 42.291 homicídios praticados por armas de fogo, um aumento de 592% desde 1980. Todas as capitais brasileiras (à exceção de Boa Vista) possuem taxas proporcionais de homicídios superiores ao considerado como "tolerável" pela Organização Mundial de Saúde. Trata-se de uma violência que tem atingido sistematicamente o mesmo perfil populacional: homens, jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade. Paradoxalmente, 67% dos presos são negros, indicando que o mesmo perfil populacional que agride (ou que é selecionado pelo sistema penal pela agressão) é igualmente vitimado. O Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo, indicando que a penologia neoliberal não tem dado respostas suficientes ao problema da segurança pública. Esse quadro de insegurança crônica configura uma violação de direitos fundamentais insustentável, já que a segurança é pressuposto da fruição de todos os demais direitos fundamentais. A escassez de políticas de segurança pública sólidas e com continuidade, calcadas numa racionalidade gerencial de mensuração de efetividade, focadas nas causas e não meramente nas consequências, exige uma intervenção fiscalizatória do Ministério Público, fora da perspectiva estritamente criminal, mas numa perspectiva de controle de políticas públicas *lato sensu*. Apesar de essas políticas não se limitarem à atividade policial, o controle da eficiência policial é um dos ingredientes dessas políticas e, nessa medida, a sua fiscalização é uma atividade de controle externo. Essa atuação do Ministério Público na fiscalização de políticas públicas sensíveis à concretização dos direitos fundamentais não deveria ser qualquer novidade, à luz do novo quadro constitucional. Com efeito, a CRFB/1988 redesenhou o Ministério Público, perspectivando-o como elo da sociedade civil com os poderes constituídos e como um agente de concretização das normas constitucionais. Essa perspectiva está expressa no fortalecimento da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos, de sua atuação como Ombudsman na fiscalização dos direitos fundamentais dos cidadãos e no fortalecimento de sua atuação extrajudicial." (Ibidem, p. 29).

[196] Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolu%C3%A7ao_n%C2%BA_20_alterada_pelas_Resolu%C3%A7%C3%B5es-65-98_113_e_121.pdf. Acesso em: 01 ago. 2019.

> Art. 3º O controle externo da atividade policial será exercido:
> I - na forma de *controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal*, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos;
> II - em sede de *controle concentrado*, através de membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público.
> [...]
> Art. 5º Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial, caberá:
> II - ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos [...];
> [...]
> VI - receber representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nas leis, relacionados com o exercício da atividade policial; (grifamos)

Ocorrido o evento criminoso, destaca-se o papel preventivo terciário à vitimização, ou seja, a ingerência estatal se destina à proteção, assistência, defesa da vítima direta, indireta ou coletiva diante do injusto penal concreto praticado. Nessa perspectiva, deve-se integrar a perspectiva do injusto penal restaurável como causa extintiva da punibilidade ou, se parcial, como causa de diminuição ou atenuante inominada de pena do vitimário, tendo por parâmetro o tecido social violado.

A adoção desse entendimento não acarreta qualquer violação aos postulados neoliberais, pois o processo penal é um caminho mais humano, que foi conquistado com o progresso da civilização contra o poder absoluto do rei, mas que não é um fim em si mesmo. O fim do direito penal é a obtenção da paz social, sendo a lei adjetiva mero instrumento para a consecução dessa finalidade.

Cria-se para o ofensor, vítima e comunidade uma *opção*, não excludente do sistema de justiça tradicional, de sorte que o acesso à justiça operar-se-á por meio do *sistema multiportas*. Da mesma forma, não há exclusão da apreciação do Poder Judiciário, que realizará controle formal e/ou material de legalidade[197]. Nesse sentido, Gazoto explicita que:

> Certamente, não é a irrefletida obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública a causa exclusiva da ineficácia da persecução penal no Brasil. Sem dúvida, essa é por demais complexa e, por isso mesmo, merece enfoque sistêmico.

[197] Almeida Júnior define a jurisdição voluntária como a jurisdição "graciosa" que implica na atividade exercida pelo juiz para homologar o acordo ou a vontade das partes. Aduz que "em geral, todos os atos de jurisdição 'graciosa' são requeridos pelas partes", tratando-se mais propriamente de atos espontâneos do juiz (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed., com adaptações à Constituição Federal de 1946 e aos Códigos de Processo Civil e Penal por João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 44-45).

> Entrementes, a mais singela denúncia, por exemplo, a formulada contra quem mantém ilegalmente em cativeiro um pássaro silvestre, conduz ao desencadeamento dos mesmos atos processuais que levaria uma denúncia séria por crime hediondo.
> Administrar é gerir a escassez de recursos. E isso, quando se é apenas uma engrenagem de um mecanismo, não se faz isoladamente. Logo, quando o promotor da ação está por exercer a sua nobre função de oferecimento de denúncia, não pode deixar de se enxergar como parte de um sistema, o qual nem sempre, ou melhor, quase nunca, é capaz de suportar a persecução de todas as condutas tidas como criminosas.
> O Ministério Público Brasileiro ainda não se deu conta de suas relevantes funções na atual configuração do sistema punitivo: seus membros ainda agem como se estivessem sob a égide do Código de Processo Criminal de 1832, quando até juiz podia, de ofício, dar início à ação penal pública. Por certo, não foi desarrazoadamente que o constituinte lhe atribuiu a titularidade privativa da ação penal pública – se o escopo constitucional fosse meramente instrumental e não finalístico, evidentemente, teria atribuído, para tanto, legitimação a qualquer do povo, admitindo ação penal de iniciativa popular. Se não o fez, é porque entendeu necessária a interposição de um órgão independente, com poderes de filtragem no mecanismo punitivo, objetivando a efetiva produção de resultados e não a insana e desarranjada acusação privada.[198]

Sobre a não adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal, Marques, em duas oportunidades, pontua:

> Em nossa legislação processual penal nada há expresso sobre o princípio da legalidade no tocante à propositura da ação penal:
> Para pedir o arquivamento, o órgão do Ministério Público apresentará a devida fundamentação, dando as razões do pedido (CPP, art. 28), as quais podem consistir ou em razões concernentes à inadmissibilidade da *persecutio criminis* (razões de legalidade para o arquivamento) ou em razões relativas à não oportunidade ou não conveniência da ação penal.
>
> [...] o princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público, como notou Vassali, o poder de apreciar os pressupostos do exercício da ação penal. E, nessa operação, não pode deixar de entrar [...] certa dose de fator subjetivo [...].[199]

Ao entendimento de Marques cumpre acrescer que o fator subjetivo implica o dever de dispensar tratamento *igualmente parcial* à vítima e ofensor, mediante o recurso a soluções extrajudiciais de índole contratual, que visam à restauração do injusto penal, para, em um segundo momento, buscar tornar efetiva a ameaça da pena, por meio de decisões judiciais heterônomas a seus destinatários. Logo, não se confunde com arbitrariedade, mas antes deve se pautar por padrões discricionários objetivos, fornecidos pela necessidade de restauração do bem jurídico individual ou coletivo violado. Assim procedendo, dir-se-á que o princípio da legalidade foi observado, pois houve escolha da finalidade que mais se ajusta à finalidade

---

[198] GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri, SP: Manole, 2003. p. XV.

[199] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*: da ação penal: elementos de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 93-95; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*: da justiça penal: princípios e normas, órgãos e funções: da jurisdição penal e da competência. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1, 311-312.

legal, que é a busca do bem comum. Nesse sentido, concordamos parcialmente com Gazoto, que preconiza:

> De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminarem em reconhecimento de prescrição. [...] Dessa forma, não encontrando viabilidade prática para a obtenção de sucesso com determinada ação penal, o membro do Ministério Público, para atender ao interesse público, não deve oferecê-la.
> Destaque-se que, nada obstante os argumentos de alguns que não admitem que o Ministério Público seja o responsável pela condução da política criminal repressiva no Brasil, ele é a única instituição que pode desempenhar tais funções, pois, diante das suas atribuições constitucionais, da imobilidade imposta ao Judiciário e da falta de autonomia da polícia, não se enxerga quem melhor pode fazê-lo.
> Efetivamente, quem deve realizar a triagem do imenso rol de práticas criminosas e promover persecução penal eficaz das ações mais graves, e isso somente com o emprego da ação penal, é o Ministério Público.
> Como último argumento em favor de que a titularidade privativa da ação penal pública implica seleção de atividades, além do fato de que o procedimento judicial de ofício está sepultado, lembre-se que o legislador não permite a ação penal de iniciativa popular. Se a promoção desarticulada e irracional da ação penal pública fosse de interesse público, seria do interesse de qualquer um do povo, pois não haveria óbice nenhum nisso (o que não acontece no procedimento judicial de ofício). Não é argumento contrário o fato de a lei permitir a ação penal privada subsidiária da pública, pois esta somente será exercida se houver inércia ministerial, o que não ocorre quando o órgão do Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial e o juiz defere, concordando com a razoabilidade das "razões invocadas". [...]
> Obviamente, as razões que motivaram tal seleção de prioridades devem ser expressas, fundamentadas e submetidas ao crivo do Judiciário, que, se não concordar com elas, deve submeter o caso à apreciação do procurador-geral ou da câmara de revisão ministerial, na forma do art. 28 do CPP, que dará a palavra final.[200]

Porém, ao entendimento do autor *ut upra*, poder-se-á mencionar a prévia análise da possibilidade de restauração dos aspectos materiais e imateriais do injusto penal, utilizando-se para isso de práticas restaurativas que serão desenvolvidas no Capítulo 3.

Partindo da premissa de que vigora no ordenamento jurídico brasileiro, com supedâneo constitucional, o princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública, o Anteprojeto de Lei Anticrime do Ministério da Justiça[201] propõe as seguintes modificações no CPP:

---

[200] GAZOTO, Luís Wanderley, *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*: uma crítica ao formalismo no Ministério Público, cit., p. 118-121.

[201] Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 01 ago. 2019. Dentre as principais críticas ao Anteprojeto de Lei Anticrime se insere a injustificada restrição à possibilidade de formular acordos de não persecução penal a crimes cuja *pena máxima* não ultrapasse quatro anos, ao passo que atualmente tais acordos estão regulamentados para os casos em que a *pena mínima* não ultrapasse quatro anos. Tal visão restringe injustificadamente os bens jurídicos violados passíveis de aplicação do instituto da restauração, que não se limita a mera reparação econômica do bem, consoante já se discorreu nos itens precedentes. A esse respeito, veja-se a Resolução n. 181/2017 do CNMP, com a redação dada pela Resolução n. 183/2018.

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e *com pena máxima não superior a quatro anos*, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, 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, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º. Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º. Não será admitida a proposta nos casos em que:

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

II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;

IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

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

§ 4º. Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º. Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, 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, prevista no § 5º.

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

§ 9º. A vítima será intimada da homologação do acordo.

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

§ 11. 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.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do § 2º.

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

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução. (NR)

> [...]
> Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante *acordo penal a aplicação imediata das penas*.
> § 1º. São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:
> I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;
> II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz;
> III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.
> § 2º. As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.
> § 3º. Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.
> § 4º. Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.
> § 5º. Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.
> § 6º. Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.
> § 7º. O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.
> § 8º. Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.
> § 9º. Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.
> § 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.
> § 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal. (NR)

Há, portanto, clara intenção de criação de opções ao modelo litigioso vigente para crimes de média gravidade e, ainda que inexista a mencionada alteração legislativa, atualmente inexistem verdadeiros óbices legais à celebração de acordos de não persecução penal ou de imposição negociada de pena.

No exercício da atividade jurisdicional, o magistrado exercerá controle de legalidade dos contratos que lhe forem apresentados, tendo por balizas: *acordo de não persecução penal* − controle formal, em verdadeira atividade de jurisdição voluntária, mormente ante o caráter não penal das obrigações ajustadas; *imposição negociada de pena* − cuida-se de hipótese de julgamento antecipado da lide penal, com fundamento no artigo 3° do CPP, que admite

interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento a princípios gerais do direito. Tendo em vista que o processo é apenas uma ferramenta que visa a dar concretude à atividade jurisdicional, não pode consistir em uma forma de punição ao ofensor. Desse modo, cumpre ao magistrado designar audiência para prolação de sentença penal homologatória condenatória, aplicando de forma extensiva os requisitos do artigo 387 do CPP; em sentido diverso, o magistrado poderá rejeitar de plano ou determinar a emenda do acordado, ante a presença de *vícios formais*, tais como a ausência de descrição mínima de todos os elementos que permitam a futura execução da sanção penal e a fundamentação pertinente, ausência de liquidez que permita a propositura de ação civil *ex delicto* para obtenção da reparação do dano ou *vícios* materiais, tais como acordo que estabeleça pena mínima inferior ao patamar estabelecido pelo legislador penal, impossibilidade da adoção dessa modalidade de resolução de conflitos, por se tratar de crime hediondo, assemelhado ou crime de pequeno potencial ofensivo, vicio ou defeito do negócio jurídico etc.

Mas não é só. A adoção da perspectiva do injusto penal restaurável implica a incorporação da perspectiva restaurativa e dos valores que lhe são inerentes, para que se possa obter a máxima eficácia na gestão da administração da justiça. A incorporação de valores, como a verdade, compaixão, justiça e paz, não se opõe à aplicação da lei e diretrizes constitucionais, mas permite que se percorra o caminho da cura individual e social, levando em consideração as necessidades reais das vítimas, comunidade atingida e infratores. O caminho da cura permite a criação de *espaço de reconciliação*, que não é passível de ser obtido por meio do processo penal ou dentro de uma lógica estritamente formalística.

Através da mediação penal conduzida pelo titular da ação penal e, portanto, representante da instituição estatal a quem foi incumbida a tarefa de garantir a segurança de todos e manutenção da paz social, é possível resguardar os valores sociais e bens jurídicos protegidos. Para tanto, é necessária a revisão de seu papel, de modo que *atue de forma igualmente parcial*, para evitar a privatização pura e simples da justiça, com a consequente falência do Estado. Em outras palavras, trata-se de ferramenta eficaz que impede que os particulares retornem à antiga vingança privada, conduzida por órgão estatal, que garantirá a inexistência de discriminação social de qualquer dos envolvidos. Veja-se ainda que ao Ministério Público foi atribuído o importante papel de defesa da ordem jurídica, do próprio regime democrático e dos interesses individuais e social indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF).

Poder-se-ia aduzir que a mediação penal restaurativa nos moldes propostos ficaria adstrita à fase pré-processual (antes do oferecimento da denúncia). Pensamos que não estaria limitada a essa fase, podendo ser proposta pelo promotor de justiça e imposta como condição judicial pelo juiz, por ocasião da concessão do *sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e do próprio *sursis* (arts. 77 a 82 do CP, 697 do CPP e 157 da Lei de Execução Penal, Lei de Segurança Nacional e Lei das Contravenções Penais). Tal previsão inclusive resgataria o instituto do *sursis*, francamente em desuso na atualidade, desde a inserção no CP das penas restritivas de direitos substitutivas às penas privativas de liberdade (art. 44 do CP). Assim, como "condições estabelecidas pelo juiz", poder-se-ia perfeitamente condicionar a reparação do dano e a restauração dos efeitos advindos da ofensa ao bem jurídico protegido. Ambas hipóteses conduziriam inegavelmente à extinção da punibilidade do ofensor, desde que cumpridos os requisitos legais e judiciais estabelecidos.

Igualmente, analisando o instituto das penas restritivas de direitos previstas nos artigos 43 a 48 do CP, temos que da expressão "as circunstâncias mostrarem que a substituição seja suficiente" abre ensejo à possibilidade do instituto da restauração, pois seu descumprimento acarreta como consequência o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta. Além disso, a reparação do dano (aspecto material do delito), que também deve se fazer presente, é plenamente possível pela imposição de perda de bens de valores em favor da vítima e prestação de serviços à comunidade. Seu cumprimento evitará o encarceramento em casos em que ele não se afigure necessário, contribuindo para a humanização do direito penal. O encarceramento em massa que assola os países ocidentais começa a ser percebido como uma pena "desumana", ou seja, incompatível com o estado atual da evolução da nossa civilização, especialmente para crimes de pequena e média gravidade, em que os efeitos deletérios do encarceramento por tempo exíguo superam os benefícios preventivos advindos da sua aplicação. Se nos colocássemos na posição de observadores da nossa própria história, poderíamos perceber um marco histórico semelhante ao que ocorreu com a abolição das penas corporais e a adoção do princípio da proporcionalidade na aplicação das penas. A pena privativa de liberdade foi uma evolução mais humanitária em relação ao período que lhe antecedeu. Porém, na sociedade do século XXI, ela deve ficar cada vez mais restrita a crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoa e a crimes percebidos pela sociedade como hediondos, devendo ser revisto o rol da Lei n. 8.072/90, para adequá-la aos novos anseios sociais (*v.g.* inclusão dos delitos de corrupção, lavagem de dinheiro, terrorismo, crime

organizado, racismo, discriminação sexista e outras formas de discriminação, crimes contra pessoas especialmente vulneráveis, como idosos e crianças etc.).

Ultrapassada a fase do *jus dicere*, cumpre analisar as possibilidades restaurativas durante a fase do *jus facere* ou, em outras palavras, a análise da possibilidade da aplicação do instituto da restauração durante a execução da pena privativa de liberdade. A resposta é afirmativa. Embora não tenha o condão de extinguir a punibilidade, tal como nas etapas anteriores (pré-judiciais e judiciais), poderá interferir no seu cumprimento e reinserção social, já que o artigo 1° da Lei n. 7.210/84 prevê: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*". Veja-se ainda a hipótese de um homicídio tentado, em que o ofensor, que não faz jus à extinção de sua punibilidade, dada a gravidade da ofensa perpetrada contra a vítima, familiares e comunidade, porém concorda em se encontrar com a vítima, que necessita de respostas sobre os motivos do crime. Tal encontro, mediante o preenchimento de certos requisitos que serão detalhados no Capítulo 3, possibilitará a ambas as partes o fechamento de um ciclo de violência e permitirá a ambos a possibilidade de cura. Tal medida vem ao encontro do novo paradigma, que não ignora as necessidades e interesses das vítimas, sem descurar da reinserção social do condenado.

Feitas essas observações, cumpre mencionar que a incorporação dos institutos da restauração e reparação constitui forma de proteção da vítima de crime, mas não altera o conceito material ou analítico do delito. Tão somente interfere na possibilidade de extinção da punibilidade, em razão da autorresponsabilização do infrator e, por conseguinte, sua ressocialização concreta. No mesmo sentido, o artigo 75 da Lei n. 9.099/95, que prevê expressamente a composição civil, bem como o artigo 76 da Lei n. 9.099/95, ao possibilitar a imposição imediata de penas restritivas de direitos ou multa, nada mais são do que causas extintivas de punibilidade e constituem forma embrionária de integração do instituto da restauração ao direito brasileiro, ainda muito vinculado a sua faceta econômica ou material.

2.3 Âmbitos de aplicação da vitimologia

As teorias relativas à criminalidade e criminalização possuem elevado nível de fundamentação científica e de sistematização. Por outro lado, não ocorre o mesmo com o

outro protagonista do conflito penal: a vítima[202]. Os estudos criminológicos desenvolvidos até o início da década de 70 do século passado concentraram seus esforços no desenvolvimento de hipóteses voltadas ao estudo do delinquente. Como consequência, seus resultados foram transportados de forma praticamente automática para o direito penal, que passou a focar a prevenção à reincidência, elucidando questões como imputabilidade, possibilidades de ressocialização, tratamento etc. Dessa forma, criminologia e direito penal possuíam como vertente de pesquisa apenas o conhecimento orientado ao autor do delito.[203]

Hassemer e Conde destacam seus inconformismos com o total abandono da vítima pelos sociólogos e juristas, uma vez que o direito penal clássico é focado em delitos como roubo, furto, estelionato, homicídio, lesões corporais, ameaças, injúrias etc. – constelações delituosas nas quais a vítima figura como partícipe necessária. Inexistindo a figura da vítima, ainda que potencial, inexiste o delito.[204]

O absenteísmo dos estudiosos do fenômeno do crime permitiu que o vácuo científico fosse ocupado pelo que se denomina de populismo penal, ou ainda pelo direito penal da emergência, explorando-se o medo que todos possuem de serem vítimas potenciais de delitos. Os fatos veiculados pela mídia são transformados de forma quase que automática em novos tipos delitivos, sem que haja reflexão adequada de sua efetiva necessidade, à luz dos tipos penais já existentes. A proliferação de tipos penais com caráter meramente simbólico viola o princípio da subsidiariedade do direito penal.

Na tentativa de superar essa mácula científica, nos últimos anos estudiosos vêm se dedicando ao estudo da vítima. Desde já cumpre consignar que a expressão vítima possui conotação mais ampla do que a empregada pelo direito penal e pela vitimologia, abrangendo as catástrofes naturais, doenças e acidentes[205]. Para fins deste estudo, proceder-se-á a corte epistemológico na ampla gama de fatos jurídicos que podem dar origem a vítimas, para focarmos a pessoa que sofreu um mal injusto causado por outra pessoa, ou seja, a pessoa que tenha sido vítima de um delito. A esse respeito, Santos preconiza:

---

[202] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introdución a la criminologia y a la política criminal*, cit., p. 138.
[203] Ibidem, p. 138.
[204] Ibidem, p. 139.
[205] O termo vítima abrange desde o furacão na Índia que vitimou 30.000 pessoas, a pessoa que morreu de câncer ou o indivíduo vitimado por um acidente de bicicleta.

> [...] Sumalla define a vitimização como "o processo pelo qual uma pessoa sofre as consequências de um fato traumático". Com frequência, é resultado de violência que pode ser causada pela natureza (desastre natural) ou pelo ser humano (de uma pessoa a outra, a um grupo ou sociedade, como, por exemplo, violência natural − furacões, terremotos −, violência verbal − intimidação, insultos, humilhação ou ameaças −, violência estrutural − pobreza, racismo, lesbofobia e outras situações nas quais um grupo é prejudicado em razão da injustiça social −, guerra e violência crônica − prejudica as relações sociais, instituições, recursos naturais e promove a banalização da violência).[206]

O termo vitimologia, do inglês *victimology*, surgiu na década de 1940 como consequência da Segunda Guerra Mundial. Tem por precursores Mendelsohn e von Henting, cujos estudos foram focados na construção abstrata da *tipologia de vítima*, denominada de vitimologia clássica. Foi adotado certo paralelismo com as teorias criminológicas, a saber, as teorias biológicas, interacionistas, socioestruturais sobre o delinquente, pautando-se pela propensão e aptidão da pessoa tornar-se vítima do delito, as relações entre vítima e ofensor como explicação do delito, os danos causados e sua forma de reparação, as influências sociais no processo de vitimização etc.[207]

Na década de 1960, constatou-se que a base de dados de segurança pública nos Estados Unidos era insuficiente para a real compreensão do fenômeno do crime, razão pela qual foram desenvolvidos estudos empíricos, tendo por eixos básicos a vitimização, a confiança nas instituições e o medo que os cidadãos possuem do crime. Em 1972, foi realizada pesquisa nacional sobre vitimização delitiva, com uma amostra inicial de 33.000, posteriormente ampliada para 90.000 vítimas.[208]

Os resultados apontados pela pesquisa destacam que:

- as taxas de subnotificação delitiva revelam uma falta de confiança das vítimas no aparato policial ou na Administração da Justiça;
- nem sempre quando a vítima efetua boletim de ocorrência a finalidade é obter a punição do delinquente (*v.g.* casos em que se postula a indenização devida pelo seguro);
- o "estilo de vida" da vítima pode aumentar a possibilidade de ser vitimada (*v.g.* sair à noite);

[206] SANTOS, Celeste Leite dos, O Projeto Avarc como estratégia preventiva à vitimização, cit., p. 2.
[207] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introdución a la criminologia y a la política criminal*, cit., p. 141.
[208] Ibidem, p. 141.

- o agressor normalmente pertence ao círculo de conhecidos da vítima (especialmente nos casos de violência familiar e abuso sexual de menores);
- os economicamente desfavorecidos têm maior probabilidade de serem vítimas de crimes;
- os grupos de risco possuem maior probabilidade de serem vítimas (homossexuais, jovens, mulheres, minorias étnicas, prostitutas etc.);
- o local de moradia também constitui fator de risco de vitimização (aglomerações urbanas, centros turísticos etc.)[209]

Na década de 1980 surgiram os primeiros estudos empíricos de vitimização no Brasil, levado a cabo pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, tendo por eixo uma pesquisa nacional por amostragem domiciliar (1988). Apenas em 2010 o Ministério da Justiça contratou o Datafolha para a realização de pesquisa nacional sobre vitimização, inexistindo outros levantamentos nacionais sobre o assunto. Uma das finalidades das pesquisas foi desvendar as cifras ocultas, também denominadas taxas de subnotificação.[210]

Como resultado dessa pesquisa inicial, foi constatado que as taxas de vitimização são variáveis conforme o tipo de crime, fatores ambientais, localização geográfica da moradia (bairro) e perfil das vítimas. Ficou demonstrado ainda que, além dos fatores retromencionados, as dificuldades, no tocante às taxas de subnotificação de crimes, se acentuam nos casos de crimes praticados em contexto de violência doméstica. Dentre as taxas de vitimização apuradas na pesquisa do Datafolha, ficou evidenciado que os trabalhadores que utilizam transportes públicos possuem maior probabilidade de serem vítimas de delito de furto, uma vez que o ambiente (local público) possibilita o acesso a pessoas desconhecidas. Por outro lado, foi apontado que no caso do delito de roubo, fatores como gênero e proximidade com o agressor possuem estreita relação com a vitimização.[211]

Outro vetor pesquisado é a confiança ou imagem difusa que a população possui das instituições. De acordo com o apurado, 28% das vítimas de roubos e furtos não efetuaram

[209] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introdución a la criminologia y a la política criminal*, cit., p. 142-143.
[210] COSTA, Arthur Trindade M.; LIMA, Renato Sérgio de. Estatísticas oficiais, violência e crime no Brasil. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais − BIB*, São Paulo n. 84, p. 83 e ss., 2/2017 (publicada em abril de 2018). Disponível em: https://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-84/11101-estatisticas-oficiais-violencia-e-crime-no-brasil/file. Acesso em: 01 ago. 2019.
[211] Ibidem, p. 83 e ss.

boletim de ocorrência, ao passo que 21% somente o fizeram em razão de necessidade legal do referido documento. Outro fator é que o sentimento de confiança na polícia não necessariamente coincide com a qualidade pelos serviços prestados[212]. Isso permite concluir ainda que, em termos genéricos, 49% da população brasileira não confiam no Estado para a proteção de seus interesses patrimoniais.

Dada a insuficiência de estudos dogmáticos e críticos no Brasil da vitimização e formas preventivas a serem adotadas como política pública de prevenção à perpetuação da violência na sociedade, idealizamos o Projeto AVARC no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, em dezembro de 2018, cuja metodologia e estratégias serão detalhadas no Capítulo 3.

Parte-se da constatação de que a análise da perspectiva vitimológica se faz necessária para o combate ao próprio ciclo de violência, como se discorreu no Capítulo 1. Os ciclos vitimizatórios e delinquenciais projetam efeitos para o futuro em verdadeira espiral contínua de perpetuação da violência.

2.3.1 Objeções à vitimologia

Os opositores à integração da análise da vítima na etilogia do crime apresentam como objeções a "difusão social do sentimento de vitimização"[213]; a ausência de autonomia e método próprios, o caráter ideológico dos estudos, as estigmatizações causadas pelas medidas de proteção da vítima e, por fim, a existência de delitos sem vítimas.

No tocante à primeira objeção, não se pode negar que haverá o aumento da "demanda social de acesso ao estatuto da vítima, na medida que seja percebido como proveitoso no plano social, econômico ou inclusive meramente psicológico".[214]

Porém, a teoria e *práxis* vitimológicas podem superar facilmente tais objeções, ao fornecerem meios para o replanejamento da ingerência penal atinente à resposta jurídica aos

[212] COSTA, Arthur Trindade M.; LIMA, Renato Sérgio de, Estatísticas oficiais, violência e crime no Brasil, cit., p. 83 e ss.
[213] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 20, nossa tradução.
[214] Ibidem, p. 20, nossa tradução.

delitos praticados, inclusive os culposos, omissivos e as contravenções penais. O novo enfoque metodológico proposto não pode reconduzir pura e simplesmente a mais uma causa de expansão do direito penal, mas implementar estratégias preventivas à vitimização e técnicas de desvitimização, por meio de ferramentas que vão desde o auxílio na cura e criação de resiliência das vítimas[215], realização de círculos restaurativos (nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça), conferências restaurativas (abrangendo a participação da comunidade atingida pela prática do crime), *sentencing circles*, mediação penal por meio de conferências vítima/ofensor na fase extrajudicial (acordo de não persecução penal), judicial[216] ou penitenciária[217], até outras medidas previstas no Projeto AVARC[218], revisitando os papéis atribuídos aos órgãos responsáveis pela persecução penal, à vítima e ao próprio ofensor. Sua análise será objeto do Capitulo 3 deste estudo. A ingerência estatal supera a mera imposição de penas privativas de liberdade, especialmente as de curta duração, devendo o *Parquet* atuar como agente, tomando em consideração todos os aspectos envolvidos na prática do crime (vítima, ofensor e comunidade). Sua atuação visa à restauração do tecido social violado, razão pela qual sua intervenção opera nos níveis de prevenção primário, secundário e terciário.

Em relação ao argumento da falta de autonomia, impende destacar que a vitimologia é ciência multidisciplinar e, portanto, "espaço de confluência e integração dos conhecimentos normativos, psicossociais e médicos relacionados com os processos de vitimização e

[215] Em função do trauma de 11 de setembro de 2001, foi criado, a partir de um trabalho das igrejas com o Center for Justice and Peacebuilding da Eastern University Mennonite, o programa STAR, acrônimo de *Strategies for Trauma Awareness and Resilience* (estratégias para conscientização em traumas e resiliência), tendo por objetivo primário o atendimento a líderes religiosos (Disponível em: https://emu.edu/cjp/star/. Acesso em 01.08.2019). A primeira oficina aconteceu em 2002. Logo ficou muito evidente que era necessário para todos os tipos de líderes, razão pela qual foi elaborado treinamento multicultural. O programa é simbolizado por uma estrela com cinco pontos que denotam o aspecto multifacetado do trauma. Para além da saúde mental aborda-se estrutura bio-psico-social-espiritual. Visa em última análise trabalhar o bem-estar da sociedade. A demanda pode ser oriunda de qualquer das pontas da estrela. É o treinamento adequado que permite que se trabalhe o trauma e construa resiliência (Apontamentos do curso Vila Star I da Eastern University University, maio de 2019).

[216] Imposição negociada de pena, suspensão condicional do processo, *sursis*, penas alternativas, como a prestação pecuniária em favor da vítima, fixação de danos estimados materiais, psicológicos e morais consoante o artigo 387, inciso IV, do CPP etc.

[217] Conferência vítima ofensor, livramento condicional nas hipóteses em que há efetiva reparação à vítima, análise do mérito do condenado a progressão do regime baseado em medidas concretas adotadas por ele na supressão ou minoração dos efeitos danosos causados pela prática delitiva, demonstrando sua autorresponsabilização pelo delito praticado. A autorresponsabilização do condenado que destina o produto de seu trabalho à família da vítima, por exemplo, é o primeiro passo para a sua ressocialização e para impedir que o autor da prática delitiva considere a si próprio uma vítima (vitimização terciária).

[218] Disponível em: www.avarc.com.br. Acesso em: 28 out. 2019. Ver também o Banco Nacional de Projetos do Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em: https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/Detalhe?idProjeto=2312. Acesso em: 28 out. 2019.

desvitimização"[219]. Assim, podem ser realizadas pesquisas, a exemplo do Projeto AVARC, que constituam fonte de conhecimento sobre as causas da vitimização.

A informação obtida sobre o fenômeno da vitimização serve como forma de integração e aprimoramento dos dados oficiais, bem como permite a tomada de decisões pelos integrantes do Ministério Público, que atua como agente indutor de políticas públicas. A título exemplificativo, existe notória divergência entre os dados da segurança pública no tocante ao delito de estupro e os apresentados pelo Sistema Único de Saúde, o que conduz à conclusão da existência de altas taxas de subnotificação do delito (cifras ocultas)[220]. Dizer que a vitimologia é uma ideologia que pretende identificar profissionais que atuam na área como pessoas preocupadas com o direito das vítimas e os penalistas como pessoas preocupadas com as garantias dos ofensores é um equívoco. Inexiste ciência neutra. Sua credibilidade advém da eleição dos meios eleitos para análise dos fatos empíricos, que podem conter maior ou menor subjetividade. Porém, tal constatação não permite concluir que exista contradição no caráter científico da vitimologia.[221]

A objeção de que a adoção das medidas protetivas conduz à estigmatização das vítimas comporta análise acurada. Tamarit Sumalla destaca que tais medidas podem normalizar a sua adoção de forma padronizada, tendo por efeito a negação da proteção pretendida. A título de exemplo, destaca que, na luta contra a violência doméstica, colocou-se de modo especialmente patente os riscos de reprodução e agravamento da vitimização derivados do recurso à prisão ou outros automatismos punitivos, tais como a imposição de

---

[219] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 25, nossa tradução.

[220] A esse respeito: "A falta de comunicação entre as redes de segurança pública, saúde e assistência social pode ser analisada a partir do fato de que em 2014 o SINAN registrou 20.085 casos de estupro, ao passo que a autoridade policial registrou 47.646 casos, isso sem contar as demais modalidades de violência sexual." (SANTOS, Celeste Leite dos Santos. A tutela da dignidade e liberdade sexual como mínimo vital inerente à dignidade humana. *In*: SANTOS, Celeste Leite dos Santos; ARAUJO, Marilene (coord. e org.). *Declaração Universal dos Direitos Humanos 70 anos depois*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 45). A autora, ao se referir a Costa e Lima (COSTA, Arthur Trindade M.; LIMA, Renato Sérgio de, Estatísticas oficiais, violência e crime no Brasil, cit., p. 81-106) esclarece: "Ao contrário de revelar fatores criminógenos e identificar situações sociais que favoreçam a ocorrência de crimes, as estatísticas produzidas a partir dos registros administrativos das instituições de justiça criminal e segurança pública (boletins de ocorrência, inquéritos, processos, entre outros) referem-se à forma como os crimes e os criminosos são socialmente construídos e, portanto, exigem a compreensão dos processos sociais de identificação de uma ocorrência criminal (o que é crime?) e do autor da conduta desviante (quem é o criminoso?), e dos processos formais de processamento dos conflitos criminais e da punição (tratamento legal). [...] A melhoria das estatísticas oficiais não impacta apenas a melhoria das pesquisas – afeta também a gestão das políticas públicas, por meio da construção de dados e indicadores que permitam que a *segurança pública* seja um *serviço* cuja provisão é *baseada* intensamente em *planejamento, monitoramento e avaliação*" (Ibidem, p. 103, grifamos).

[221] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 25.

medidas protetivas de proibição de aproximação entre autor e vítima (art. 22, inciso III, "a", da Lei n. 11.340/2006)[222]. No entanto, tais equívocos de aplicação, como, por exemplo, a ausência de consideração do núcleo familiar em sentido amplo e as consequências danosas dessa ruptura ultrapassam uma mera resposta penal punitiva por parte do Estado e, longe de afastar a importância da vitimologia enquanto ciência, dão ensejo a múltiplas oportunidades empíricas de aprimoramento da ciência penal, a partir do enfoque da perspectiva vitimológica. Nessa perspectiva, além da resposta por meio de medidas protetivas à vítima direta do delito (mulher), suas vítimas indiretas não podem ser esquecidas pelo sistema de justiça criminal. Com base nessa premissa, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.343/2006) estabeleceu como regra o juiz e o promotor do fato, de sorte que lhes compete apreciar não somente a aplicação de medidas protetivas e a pena devida, mas também todos os consectários derivados, tais como guarda, alimentos, regime de visitas se o caso, separação de corpos, divórcio, assistência psicológica, social etc. Não tem nenhum sentido a criação de Vara Especializada para o trato dessa matéria se os operadores jurídicos continuarem a aplicar de forma *contra legem* o diploma legal, com notório prejuízo às vítimas vulneráveis (mulher e filhos) e absoluta falta de reabilitação do infrator. Mesmo nos locais em que inexistem juizados especiais de violência, a questão já está solucionada pela cumulação de atribuições pelo juízo criminal.

2.3.2 Ciclo de vitimização

Tamarit Sumalla define a vitimização como "o processo pelo qual uma pessoa sofre as consequências de um fato traumático".[223]

A palavra trauma vem do grego *traumat* e significa ferida. Para Barge:

> [...] o trauma é uma ferida profunda que acontece quando algo extraordinariamente chocante, dolorido ou prejudicial ocorre e nos deixa sentindo sobrecarregados e ameaçados (fisicamente, emocionalmente, mentalmente ou espiritualmente). Feridas emocionais são semelhantes às feridas físicas: nosso corpo instintivamente sabe o que fazer para se curar. Se ignorarmos as feridas elas ficarão piores e existem coisas que podemos fazer para contribuir com o processo de cura. Feridas sérias precisam de atenção médica ou de um profissional de saúde mental.[224]

A teoria do trauma versa sobre o sofrimento humano, de onde vem e quanto o sofrimento traumático pode nos afetar. Tudo pode ser resumido na capacidade que o indivíduo possui de viver suas experiências no presente. Freud, seu precursor, fundamenta sua teoria na *ação diferida* (*Nachträglichkeit*): a memória do evento é reimpressa, por assim dizer,

---

[222] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 36.

[223] Ibidem, p. 29, nossa tradução.

[224] BARGE, Elaine Zook. *Vila Star*: quebrando os ciclos de violência: construindo indivíduos e comunidades sadias. Tradução: Silvana Pena. Harrisonboug: Eastern Mennonite University, 2018. p. 3. [Material didático do curso Vila Star I].

de acordo com a experiência posterior. Nesse sentido, não é correto dizer que a vítima se lembra do trauma, mas de sua memória.

Em carta datada de 6 de dezembro de 1896 a Fliess, Freud destaca que "os rastros da memória são submetidos de tempos em tempos a um rearranjo de acordo com novas circunstâncias – a uma nova tradução". Freud sustenta que não é a violação original, mas a memória dessa violação que é traumática. Em outros termos, não é o primeiro ato que é traumático, mas a memória que se torna traumática. Desse modo, eventos posteriores podem alterar a memória de experiências anteriores. E é exatamente a forma como os fatos traumáticos são percebidos pelos indivíduos que pode ser importante viés de intervenção, visando a cessar a perpetuação do ciclo de violência em nossa sociedade.

Vejamos. O trauma pode ser ocasionado por diversos eventos, tais como acidentes ou desastres naturais, doenças sérias, violência crônica, guerra, perdas súbitas (moradia, emprego, pessoa amada, amigo ou amiga), abuso físico, emocional ou sexual, humilhação contínua, dano baseado em gênero ou identidade, dano estrutural ou sistêmico (exclusão, perseguição, dominação), exposição a violência comunitária, social ou na mídia.[225]

Com frequência, é resultado de violência, que pode ser causada pela natureza (desastre natural) ou pelo ser humano (de uma pessoa a outra, a um grupo ou sociedade). A violência pode assim ser natural (furacões, terremotos), verbal (intimidação, insultos, humilhação ou ameaças), estrutural (pobreza, racismo, lesbofobia e outras situações nas quais um grupo é prejudicado em razão da injustiça social) ou decorrente de guerra. A violência crônica prejudica as relações sociais, as instituições e leva à sua banalização.[226]

De acordo com o DSM-V[227], um acontecimento traumático é aquele que supõe uma ameaça para a vítima ou à integridade física da pessoa e do que se segue uma resposta horrenda de medo, horror ou desesperança.

Em breve síntese, o trauma pode ser definido como ferida, sobrecarga das funções neurológicas e desconexão. A capacidade do indivíduo de se recuperar após uma adversidade é denominada de resiliência. Barge destaca:

---

[225] BARGE, Elaine Zook, *Vila Star*: quebrando os ciclos de violência: construindo indivíduos e comunidades sadias, cit., p. 3.
[226] Ibidem, p. 3.
[227] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*: DSM-V. 5. ed. Revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli (coord.); Christian Kieling [*et al.*]. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 27.

> O quão rapidamente os indivíduos ou grupos se recuperam após um trauma depende de vários fatores, incluindo o que aconteceu, por quanto tempo durou, quanta ajuda está disponível, habilidades existentes de solução de problemas, crenças, força interior e sabedoria do indivíduo ou grupo.[228]

A resiliência pode ser conceituada como o poder saudável, em meio à vulnerabilidade e incerteza, que se caracteriza pela habilidade de se curvar sem quebrar, adaptando-se de forma transformativa e proativa a novos desafios.[229]

Hartman e Lyons esclarecem que o trauma psicológico ocorre quando um evento ou uma série de eventos sobrecarrega a capacidade de resposta de um indivíduo. A experiência dessa ferida psicológica pode ser profunda e abrangente, afetando a vida física, emocional, social e espiritual da vítima.[230]

Os traumas podem desencadear patologias, como, por exemplo, transtorno de estresse agudo, transtorno de estresse pós-traumático (PTSD) e trauma de desenvolvimento (trauma complexo). *Mutatis mutandis*, nem todos que vivenciam um evento traumático têm a experiência de estresse traumático.

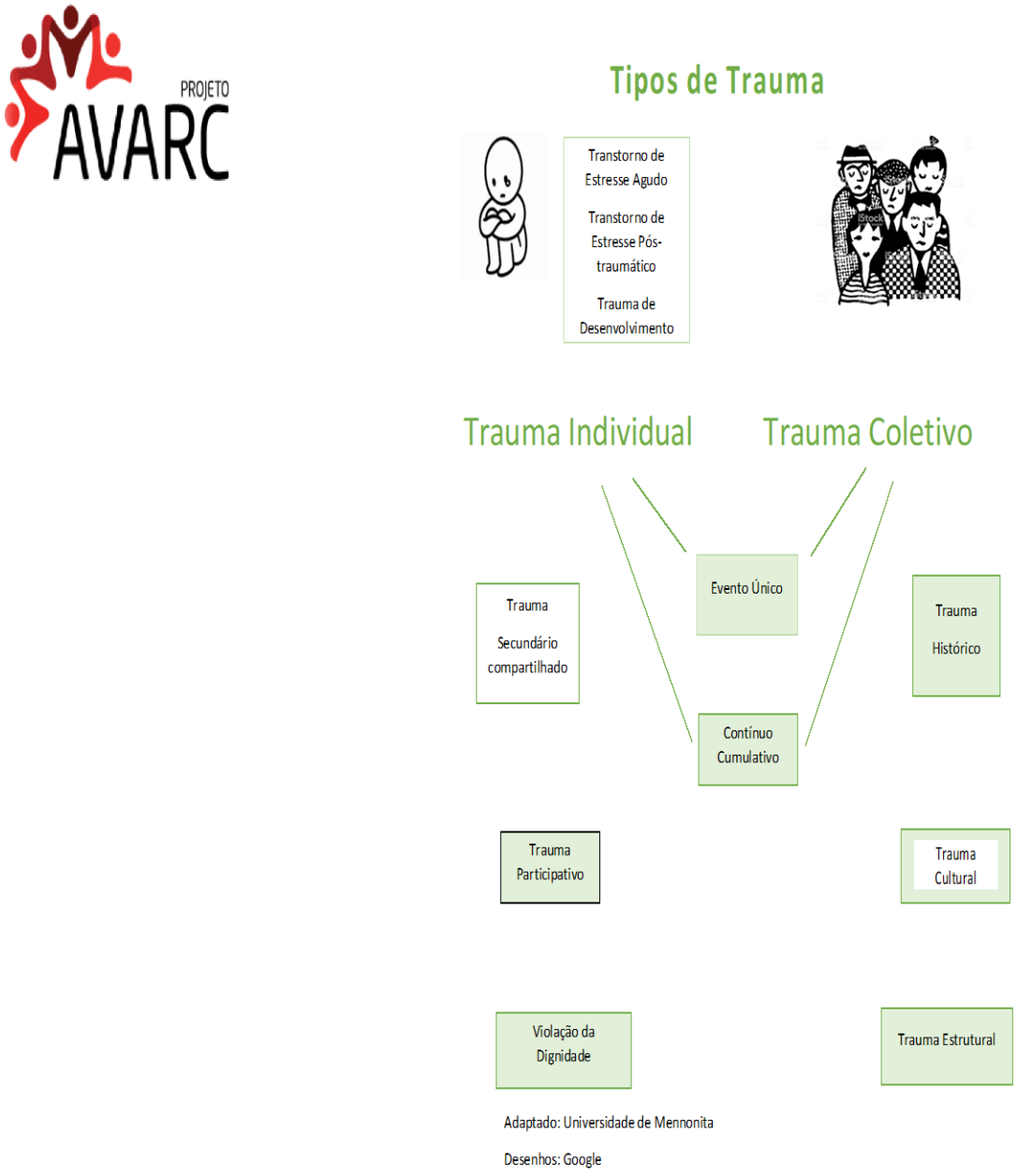
Os tipos de traumas são individuais ou coletivos, podendo ter origem em um evento único ou cumulativo.[231]

O trauma individual, além das hipóteses *ut supra*, se subdivide em secundário ou compartilhado[232], participativo[233] e de violação da dignidade[234]. Por sua vez, os traumas coletivos se dividem em trauma histórico[235], cultural[236] e estrutural[237]. Presentes os seus pressupostos, incumbe à ciência penal integrar mecanismos próprios que possibilitem a conscientização do trauma sofrido e a formação da resiliência[238]. Os tipos de trauma existentes podem ser sintetizados na Figura 2 seguinte.

---

[228] BARGE, Elaine Zook, *Vila Star*: quebrando os ciclos de violência: construindo indivíduos e comunidades sadias, cit., p. 3.
[229] Ibidem, p. 5. Apontamentos feitos em maio de 2019.
[230] HARTMAN, Matthew; LYONS, Aaron. *Victim offender conferencing*: facilitator training manual. Tradução: Silvana Pena. Harrisounbourg, VA: Center for Justice and Peacebuilding; Just Outcomes, 2019. p. 11.
[231] BARGE, Elaine Zook, op. cit., p. 4. Para a autora, o trauma de evento único pode ser natural ou causado pelo ser humano, existindo séria ameaça de dano ou morte (enchente, furacão, estupro, ataque individual). O trauma múltiplo e cumulativo provém de eventos múltiplos, sem definição clara de início ou fim (racismo, exclusão, discriminação, perseguição, *bullying*, negligência, abuso, violência sexual, invasão, guerra).
[232] Ibidem, p. 5. Provém do fato de testemunhar a experiência traumática de outra pessoa.
[233] Resulta da participação ativa de causar danos a outros (Ibidem, p. 5).
[234] Desconsiderando ou atacando o valor inerente de um indivíduo ou grupo (Ibidem, p. 5).
[235] Perpetua-se através de novas gerações, *v.g.*, o legado da escravidão (Ibidem, p. 5).
[236] Quando são feitas tentativas de destruição de parte ou de totalidade de uma cultura (genocídio); práticas culturais que trazem danos a outros, como cultura do estupro, assassinatos por vingança (Ibidem, p. 5).
[237] Quando parte de uma sociedade ou comunidade vive em condições políticas, econômicas e sociais injustas, que colocam as pessoas em posição de desvantagem (*apartheid*, pobreza, racismo, sexismo).
[238] BARGE, Elaine Zook, op. cit., p. 4. Ao tratar do trauma individual, Barge destaca que muitos desses traumas podem ser coletivos. Para a autora, o trauma de evento único pode ser natural ou causado pelo ser humano, existindo séria ameaça de dano ou morte, como enchente, furacão, estupro, ataque individual (Ibidem, p. 5).

Figura 2 – Tipos de trauma



Fonte: Adaptado do *STAR Manual*: Level I, Eastern Mennonite University, p. 4, e aplicado pelo Projeto AVARC

Após breve síntese dos tipos de trauma, passamos a analisar as consequências advindas para a vítima de uma prática delitiva.

A crise de vitimização, conforme a Figura 3, abrange três níveis do indivíduo: autoimagem − questionamentos a respeito do eu interior são realizados, o que leva ao desempoderamento dos indivíduos; relacionamento − a vítima passa a questionar em quem ela pode ou não confiar, sendo comum o progressivo sentimento de desconexão com o grupo ou comunidade a que pertence (*v.g.* abuso sexual infantil realizado por ancião); significado − a vítima passa a questionar suas crenças individuais, levando a sentimentos de desordem.[239]

Figura 3 – A crise da vitimização

Fonte: Programa Star

O trauma é, portanto, fonte de vitimização por excelência. A vitimização comporta diversos níveis, conforme o desenvolvimento do evento traumático respectivo: vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária.

A vitimização primária "é o processo pelo qual uma pessoa sofre, de modo direto ou indireto, danos físicos ou psíquicos derivados de um fato delitivo ou acontecimento traumático"[240], extrapolando o bem jurídico estabelecido na norma penal, uma vez que o destinatário primário dele é a sociedade. No tocante ao dano psíquico, sua caracterização depende da presença dos seguintes componentes: a) *cognitivo* − envolve as crenças e

[239] HARTMAN, Matthew; LYONS, Aaron, *Victim offender conferencing*: facilitator training manual, cit., p. 11. No mesmo sentido: Apontamentos do curso Vila Star I da Eastern University University, maio de 2019.
[240] STRATEGIES FOR TRAUMA AWARENESS AND RESILIENCE (STAR). *Level I training*. Harrisonburg, VA: Eastern Mennonite University, SPI 2019. p. 32.

pensamentos; b) *emocional ou afetivo* − representado pelo tipo e intensidade da emoção relacionada ao comportamento (*v.g.* raiva, tristeza); c) o comportamento relacionado com a ação; d) nexo causal entre o prejuízo sofrido e a interação com os demais componentes. Nesse contexto, dano psíquico é a atitude hostil ou negativa praticada através de uma ou mais pessoas em um grupo identificável. Os danos ou prejuízos psíquicos possuem um elemento cognitivo (um estereótipo) e podem influenciar comportamentos (sob a forma de discriminação).[241]

A vitimização secundária constitui o conjunto de custos pessoais para a vítima de um crime, abrangendo desde o seu interrogatório policial ou judicial, a realização de perícias e o contato com o ofensor, até o tratamento dispendido ao fato pela mídia.[242]

A vitimização terciária abrange o conjunto dos custos da penalização de quem a suporta, pessoalmente ou terceiros. Refere-se à relação custo/benefício entre o dano causado pela infração penal à vítima e à sociedade e o custo/benefício da penalização para o próprio infrator e a sociedade.

Os três fatores interagem e devem ser analisados com cuidado, pois a estratégia de neutralização da responsabilização pelo fato (*v.g.* acusações de comportamento provocador da vítima ou a imputação de fatos inexistentes), por exemplo sob a alegação de que possui condição scioeconômicas inóspitas, acarreta a atribuição da responsabilidade à vítima e, portanto, sua revitimização.[243]

A vitimologia engloba o estudo dos seguintes vetores: fatores que intervêm na realização do fato criminoso ou traumatizante; fatores individuais que influenciam o modo como a experiência vitimizatória é vivenciada; fatores sociais e culturais externos à vítima.

Os fatores que intervêm na prática do fato delituoso partem da premissa de que as pessoas vulneráveis ou em situação de risco são mais propensas a passar por experiências vitimizatórias. Dentro dessa perspectiva, o comportamento da vítima relacionado a seu *modus*

---

[241] Nesse sentido: ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Social psychology*. 9th ed. Boston: Pearson, 2016. p. 414-415. Nossa tradução.
[242] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 32-33.
[243] Ibidem, p. 33.

vivendi pode indicar a menor possibilidade de proteção de seus bens jurídicos, a autocolocação em perigo ou sua negligência.

As características do ofensor, tais como a sua relação com a vítima e os critérios de escolha dela podem contribuir para a realização do fato criminoso, ao contrário das vítimas escolhidas ao acaso. Nesse sentido, fala-se, em vitimologia, na existência de um "casal criminal", que visa a retratar a relação entre a vítima e seu agressor. Estudos relativos a *victim precipitation* demonstram que "a natureza do agressor modifica a vivência da vitimização e as estratégias de desvitimização".[244]

Nesse contexto, von Henting, um dos pais da vitimologia, aponta que o delito é consequência da combinação de um processo de criminalização e um processo de vitimização, destacando o caráter complementar de ambos os atores no fato.

A segunda ordem de vetores objeto do estudo da vitimologia é o impacto da prática delitiva sobre a vítima, ou seja, o modo que ela vivencia a experiência da vitimização. Tal experiência é pautada por fatores individuais que se modificam caso a caso.

Tal impacto pode conduzir a uma vitimização ocasional ou prolongada, conforme o fato delitivo seja ou não reiterado (*v.g.* vítimas crônicas, no caso de violência doméstica).

Os fatores individuais abrangem a idade, gênero e personalidade, que modulam a resposta individual ao fato traumático, variando conforme a estratégia adaptiva de cada ser humano.

Por fim, a terceira ordem de vetores se refere ao conjunto de fatores externos de que o fato criminoso depende, tais como os culturais e sociais.

São constituídos por elementos externos à vítima, tais como a escassez de recursos de segurança e a periculosidade de determinados locais.

---

[244] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 37.

Os fatores sociais são os derivados dos riscos sociais inerentes à própria estrutura social: entorno e estigmatização de coletivos de pessoas. A reação da comunidade frente ao delito modula o impacto dele, que variará conforme o grau de reconhecimento e apoio emocional fornecido.

A exclusão simbólica da vítima ou sua estigmatização frente à sociedade deve ser objeto de resgate da sua dignidade, à luz do sistema de justiça criminal, mediante a propositura de ação penal ou uso de práticas restauradoras que propiciem sua reintegração à sociedade. A desvitimização abrange o uso de técnicas restauradoras que permitam a manifestação simbólica do seu sofrimento e abranjam o reconhecimento social, assistência e a reparação do dano propriamente dito.

2.3.3 Perfil das vítimas

Do ponto de vista fático, as vítimas de crimes apresentam sintomas que vão desde a ansiedade, medo e outras reações reconduzíveis à categoria polivalente do *stress pós-traumático*, consoante se discorreu no item *ut supra.* Em um primeiro olhar, não teria sentido a diferenciação entre vítima de fatos criminosos e vítimas de fatos traumatizantes (*v.g.* catástrofes naturais – terremoto, furacão, enchentes, acidentes de trânsito etc.).[245]

Porém, considerando o bem jurídico tutelado pelo legislador penal e a dispersão e heterogeneidade das associações e redes de apoio às vítimas existentes, é possível estabelecer uma tipologia própria, partindo-se da valoração do impacto psíquico individual e coletivo da prática delitiva (trauma), ora dando-se ênfase a sua vulnerabilidade individual ou social, como, por exemplo, nos crimes contra a dignidade e liberdade sexual, praticados em contextos de violência doméstica e familiar, de terrorismo, de preconceito racial, ou advindos de outras formas de discriminação, como contra a mulher, a homofobia, a lesbofobia, a transfobia, contra pessoas com deficiência etc., ora colocando-se em relevo a questão atinente à contribuição da vítima para a prática delitiva, como, por exemplo, nos crimes patrimoniais e alguns crimes contra a pessoa.

[245] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 19.

Um fenômeno complexo é a receptividade da sociedade em relação às vítimas de determinados delitos, muitas vezes impulsionada por juízos de valor efetuados pela própria mídia que, longe de informar, adota posicionamento crítico a respeito dos fatos.

No plano social, uma vítima pode ser percebida como provocadora de um fato ilícito, sendo que as correntes funcionalistas modernas inclusive fomentam essa reação negativa, ao proporem, na visão roxiana, o risco criado pela própria vítima, de sorte a afastar a imputação penal por atipicidade. Portanto, social e juridicamente, essa vítima "responsável pelo risco criado" (*v.g.* estupro de uma mulher que consentiu em viajar e ficar sozinha no quarto com o agressor, mas não consentiu com a prática de relação sexual; vítima que decide andar com o celular sozinha de madrugada, em grandes cidades, e é assaltada) desperta menos empatia e proteção jurídica do que uma vítima de uma catástrofe. Isso remete ao próprio grau civilizatório de cada sociedade, aos valores vigentes em cada momento histórico, mas também possui efeitos no próprio pacto social celebrado com o Estado de propiciar segurança aos seus cidadãos (ingerência penal).

O estudo da tipologia das vítimas corresponde à primeira dimensão ou geração do estudo vitimológico. Parte do reconhecimento da influência de fatores individuais, sociais, culturais e normativos. Os modernos estatutos de proteção à vítima de crimes, tal como o espanhol, ao procurarem fugir de tipologias tradicionais na classificação de vítima, consideram vítimas vulneráveis as pessoas com incapacidade, aquelas que se encontram unidas ao autor da infração penal por uma relação de dependência, os menores de idade e todas as demais em que concorram fatores especiais de vulnerabilidade. Em relação às vítimas menores de idade, afirmam que devem se submeter a avaliação especial, no tocante às medidas de proteção gerais e específicas. Dada a sua amplitude, pode-se considerar gênero, idade e incapacidade, porém a análise não pode conduzir à estigmatização ou reducionismo, mas deve-se dar ênfase à sua utilidade na adoção de políticas de segurança pública voltadas à prevenção.

A segunda geração ou dimensão do estudo vitimológico foca no impacto do fato traumático (*victm impact*) e os estudos desenvolvidos a respeito do estresse pós-traumático (*postraumatic stress disorder*). O conhecimento do impacto psíquico permite a sua valoração jurídica, para fins de fixação do valor de indenização devido pelo dano psíquico causado, bem

como permite a adoção de estratégias de vitimização em suas vertentes primária (reconstrução da memória do evento delitivo), secundária e, por vezes, terciária.

Sob a denominação de perfil da vítima, foram desenvolvidos eixos tipológicos, baseados em estudos multidisciplinares, que visam a atribuir coerência interna e que abranjam os modelos de vitimização, bem como categorias penais que protejam vítimas identificadas ou identificáveis.

A corrente positivista adota como *eixo tipológico o estudo da contribuição da vítima para a prática do delito*, chegando a hierarquizar e a conduzir na esfera penal a verdadeira culpabilização da vítima. Dentre seus adeptos se encontram Mendelsohn[246], Jiménez de Asúa, Fatah, Joutsen e Karmen.

Mendelsohn propõe que apenas a *vítima inocente* ou neutra pode ser excluída da categorização de vítima, de acordo com a sua escala de contribuição, que contempla os seguintes comportamentos: inexistência de precaução, negligência, instigação, agressão ou simulação. Tais comportamentos servem de supedâneo para sua exclusão da qualificação de vítima para fins penais. Na mesma linha, Jiménez de Asúa propõe os critérios de vítimas *fungíveis/infungíveis* e *resistente/coadjuvante*. As vítimas fungíveis são as indiferentes, ao passo que as vítimas infungíveis são as determinadas. Por sua vez, vítima resistente é aquela que se opõe de forma explícita ou presumida (*v.g.* envenenamento) e a vítima coadjuvante é aquela que tem o condão de excluir a imputação penal, atenuar a pena ou afastar o direito a indenização cível (culpa concorrente).[247]

---

[246] HERRERA MORENO, Myriam. Victimación: aspectos generales. *In*: BACA BALDONERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 51-78.

[247] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La llamada victimología. *In*: *Estudios de derecho penal y criminología, 1*. Buenos Aires: Omeba, 1961. p. 25-26. Seguindo a linha mendelsohniana, que atribui maior ou menor grau de culpa à vítima do delito: Fattah, Joutesen e Karmen. Para Fattah, poderia ser adotado critério de *distribuição gradual de responsabilidade de acordo com o comportamento da vítima*, aportando as seguintes categorias: vítima não participante, latente, predisposta, provocadora, participante, facilitadora (FATTAH, Ezzat Abdel. Towards a criminological classification of victims. *International Criminal Police Review*, v. 209, p. 162-169, 1967). Joutsen, por sua vez, constrói sua teoria com base na atitude de *autoprecaução da vítima*, classificando-a em diligente, facilitadora, convidadora, provocadora, aquiescente, instigadora, simuladora. A vítima diligente corresponderia à vítima irrepreensível. A vítima facilitadora seria aquela que deixa de adotar medidas preventivas, sendo omissa. A vítima convidadora seria aquela que assume temporariamente o risco. A vítima provocadora é aquela que inicia hostilidades entre ela e o delinquente. A vítima aquiescente é aquela que admite a conduta causadora de dano contra a sua pessoa. A vítima instigadora é aquela que promove diretamente a conduta do delinquente e fomenta com a sua conduta a prática delitiva. Por fim, a vítima simuladora é aquela que alega falsamente a prática delitiva (JOUTESEN, Matti. *The role of victim in the European criminal justice system*: a cross-national study of the role of victim. [Doctoral dissertation]. 1987. (Helsinki Institute for Criminal Prevention and Control, Helsinki, 11). Já Karmen formula sua classificação de

Von Henting, outro ícone da vitimologia clássica, inaugura *o eixo tipológico relacionado à vulnerabilidade da vítima*. Propõe a adoção de critério espelhado no modelo lombrosiano, centrando sua pesquisa na denominada *vítima nata.* Por meio dessa classificação, seria possível a identificação de déficits pessoais ou sociais que possuem relação direta com o desenlace vitimizador. Os traços de vulnerabilidade ou risco possuem a vantagem de não focar a análise tão somente na dinâmica criminal, integrando perspectivas sociológicas, culturais e socioeconômicas. Em outras palavras, a *vulnerabilidade* pode ser analisada de acordo com aspectos pessoais, relacionais, contextuais ou sociais.

A adoção de critérios pessoais para análise do fenômeno vitimológico é rechaçada pela criminologia crítica, ante o seu potencial discriminatório, seja por razões de sexo, idade e outros estereótipos incapacitantes.

Von Henting e sua classificação da vulnerabilidade da vítima influenciaram os adeptos do *eixo tipológico da vulnerabilidade social*, tais como Berinstain e Poliano Navaretti, concepção ora adotada neste estudo.

Berinstain destaca que a vitimização deve ser vista sob a lente das estruturas sociais e políticas injustas (*macrovitimizações*), causadoras de sofrimento real nas vítimas, excluindo o círculo intuitivo da vitimização convencional (*microvitimização*). Dentre as macrovítimas, podem ser apontados os miseráveis, as vítimas da precariedade ambiental, de tortura e abuso de poder, *apartheid* e outras formas de marginalização institucional e social, como os presos submetidos a sistemas penitenciários degradantes, os incapazes e os imigrantes.[248]

Polaino Navarette categoriza quatro situações de vulnerabilidade da vítima, tomando por ponto de partida a negação do *status* normativo:[249]

---

acordo com a *diligência preventiva observada na vítima*, classificando-a como *precavida sem culpa*, *convencionalmente cautelosa*, *facilitadora*, *conspiradora e insidiosa*. Em breve síntese, a vítima precavida sem culpa é aquela diligente em sua autoproteção; convencionalmente cautelosa é aquela que não elege adequadamente medidas de especial precaução para o delito cometido; facilitadora é a vítima negligente; provocadora é a vítima conspiradora; e insidiosa, a vítima simuladora (KARMEN, Andrew. *Crime victims*: an introduction to victimology, 5th ed. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning, 2004).

[248] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimología*: nueve palabras clave. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 151 e ss.

[249] POLAINO NAVARRETE, Miguel. El bien jurídico en el derecho penal. *In: Anales de la Universidad Hispalense*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974. (Serie Derecho, v. 19).

- institucionais – decorrem do uso incorreto dos direitos fundamentais para a solução de problemas sociológicos;
- jurisdicionais – derivados do errôneo funcionamento da administração da justiça;
- parlamentares – decorrem de ação (direito penal simbólico) e omissão (proteção deficiente do bem jurídico);
- internacional – vitimizações de lesa humanidade frente à comunidade universal, com ausência de implementação de medidas de prevenção ágeis, coordenadas e prontas, levando à instrumentalização da vítima.

Pode ainda ser mencionada a corrente vitimológica que adota como *eixo tipológico o critério misto*, ou seja, tipologias que abarcam ao mesmo tempo a questão atinente à contribuição da vítima para a prática do crime e sua vulnerabilidade. Nessa linha, podemos apontar Schaffer, Gulotta, Neuman e Londrove Díaz[250]. Porém essa corrente mantém a incongruência de culpabilizar a vítima pelo crime de que padeceu.

O eixo tipológico relativo ao grau de vulnerabilidade social da vítima é o que mais se aproxima da legitimidade da ingerência penal, face ao dever estatal de proteção às vítimas de crimes, pois permite a adoção de estratégias preventivas à vitimização primária (bem comum) e secundária (coletivos vulneráveis), deslocando o eixo de atenção atual dos órgãos

[250] Stephen Schafer considera que as categorias de vítimas se subdividiriam em não implicadas, provocadoras, precipitadoras, biologicamente débeis, autovitimizadoras e políticas. As vítimas autovitimizadoras constituem categoria alternativa à categoria de delito sem vítima e as políticas compreendem as vítimas de abuso de poder (SCHAFER, Stephen. *Victimology*: the victim and his criminal. Reston, VA: Reston Publishing Company, 1977). Gulotta parte de enfoque psicológico-psiquiátrico, pelo qual há a pormenorização de aspectos da vitimização mental ou ilusória, associando categorias psiquiátricas à valoração da contribuição da vítima para a prática delitiva. Para tanto, preconiza a existência de vítimas falsas ou simuladoras e vítimas reais ou autênticas. As vítimas falsas são aquelas cuja conduta é pautada por motivações egocêntricas, narcisistas (conscientes ou inconscientes) ou imaginárias (distúrbio ou imaturidade psíquica). As vítimas reais se subdividem em vítimas fungíveis ou acidentais e vítimas infungíveis ou participantes. A vítima fungível pode ser acidental (neutra do ponto de vista interativo) ou indiscriminada (não há interação entre a vítima e ofensor). A vítima infungível ou participante pode ser imprudente, alternativa (duelo), provocadora ou voluntária. Nessa perspectiva, a relação estabelecida entre vítima e ofensor decorre de uma contribuição específica da vítima (GULOTTA, Guglielmo. *La vittima*. Con la collaborazione di Marco Vagaggini. Milano: Giuffrè, 1976). Neuman associa elementos de contribuição de risco, inserindo as vítimas em cada contexto social pertinente, distinguindo-as em vítimas individuais, familiares, coletivas ou do sistema social (NEUMAN, Elías. *Victimología*: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1984). Gerardo Londrove Díaz propõe diferenciar a categoria da vítima de acordo com critérios relacionados à participação (infungibilidade) e não participação (fungibilidade). No primeiro caso, as vítimas seriam indiscriminadas (*v.g.* atentado terrorista). No segundo caso, haveria cooperação das vítimas, podendo ser classificadas conforme o grau de consentimento em familiares, coletivas, vulneráveis, simbólicas (objeto de especial reação social ou signos emblemáticos) e falsas (LONDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 43-44).

responsáveis pela segurança pública e persecução penal do eixo de vitimização terciária (prática delitiva), o que possibilita a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

2.4 Macrovitimização e normas de prevenção e controle

Na análise precedente, destacamos que as sanções penais são normas de prevenção e controle, porém pode-se observar a vítima sob um olhar mais amplo, considerando estruturas sociais e políticas. Isso porque certas condutas que ferem o tecido social, embora se baseiem em ações que em princípio são lícitas, se empregadas abusivamente, geram o fenômeno da macrovitimização. Assim, é necessária a revisão de normas penais, de forma a impedir esse desvio estrutural. Furtado destaca que o seu espelho, a macrocriminalidade, se pauta pelo desenvolvimento econômico, pois:

> [...] à medida que a tecnologia progride e aumentam as facilidades de comunicação e transporte, também a criminalidade avança em termos de técnica e sofisticação, e os danos se incrementam em termos econômicos. Os cartéis fazem uso destas facilidades para se estabelecerem onde existem interesses econômicos, sem respeitar fronteiras; sem dúvida alguma, a globalização tem facilitado a criação de cartéis internacionais. Pode-se afirmar que se no curso da história têm existido múltiplos exemplos de cartéis econômicos que se enriqueceram através da fixação de preços, a repartição do mercado ou licitações fraudulentas, o certo é que esse fenômeno tem alcançado nas últimas décadas dimensões desproporcionais.[251]

Desse modo, nos casos de macrocriminalidade econômica, contra o meio ambiente, o consumidor ou outras hipóteses em que não se consegue mensurar *a priori* a quem pertence o bem jurídico lesionado, inapropriado postular-se o emprego de regras e garantias do direito penal clássico para que se efetue adequada prevenção à criminalidade e vitimização. Isso ocorrerá quando forem protegidos interesses primários estatais, mas também interesses difusos e coletivos.[252]

---

[251] FURTADO, Regina Fonseca. *Carteles de núcleo duro y derecho penal*: ¿por qué criminalizar las colusiones empresariales? Buenos Aires: Euros Editores; BdeF, 2017. p. 155. Nossa tradução.

[252] Lei n. 8.078/90: "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

2.5 Vítimas sociais derivadas da crise de estado

O trauma ainda pode ser estudado sob o aspecto político. Considerando que o direito penal possui a conotação política de proceder ao controle social, sua constatação ganha relevância, dando ensejo à necessidade de formulação de políticas públicas específicas para os afetados. Para fins deste estudo considera-se trauma político a incapacidade de grupos marginalizados de usar os recursos sociais e culturais de uma sociedade para se proteger dos efeitos do trauma crônico. Um dos principais problemas em pensar o trauma como uma questão política é descobrir como uma experiência que só pode acontecer aos indivíduos (grupos não podem ser traumatizados da mesma forma que as pessoas) pode se tornar uma experiência em grupo.

Entendido como doença social, Winnicott[253] destaca que possui dois aspectos que se sobrepõem. De um lado, temos a penetração dramática do "eu nuclear". De outro lado, o trauma promove o apagamento sutil do "eu nuclear". Na segunda acepção, o trauma sofrido é um trauma cultural. O trauma se encontra sujeito à ação social e política. Em uma sociedade em que o sentido de solidariedade é tênue, ele é percebido de forma muito mais intensa pelos seus integrantes que não se encontram acolhidos. Tal fenômeno impede a apropriação cultural por parte significativa da sociedade, impossibilitando aos seus membros entenderem a experiência transicional em que se encontram como um processo psicológico individual, ou

[253] D. W. Winnicott, médico pediatra inglês, utiliza a concepção de natureza humana como objeto de fundamento de uma teoria do desenvolvimento emocional. Ou seja, sua teoria tem por foco a natureza objetiva da natureza humana. Utiliza expressões que não eram utilizadas por Freud, como ser, *self verdadeiro, self falso,* vida autêntica e inautêntica etc., o que denota que sofreu influência do existencialismo moderno. A grande preocupação dos existencialistas e da fenomenologia é o que é o ser (*Daisen).* O autor, no entanto, se preocupa com a experiência do ser e não o que é o ser. Homem saudável é aquele que tem uma vida que é sua, que é real, que se adapta um pouco ao mundo (tem uma vida que vale a pena ser vivida) e tem uma vida social/cultural. O homem, para Freud, é um aparelho psíquico movido por forças, pulsões e energia (libido). Para Winnicott, o homem é um ser que quer continuar sendo em diversas formas de ser no mundo, analisando os modos de independência e de integração dos indivíduos. Sua teoria do desenvolvimento emocional está focada no modo de ser no mundo – estar integrado ou não ao mundo etc. Isso muda a noção de saúde, comunicação e, portanto, influencia a intervenção pelos órgãos responsáveis pela gestão da justiça, em especial em atenção aos aspectos de saúde, aprendizagem e de socialização dos seres humanos. A natureza não tem escolha, rege-se pela relação de causalidade (causa e efeito). Porém, desde Kant o homem pode ser visto como pertencente à *fisis* (fisiológica) ou como cidadão do mundo (antropologia pragmática). As neurociências, programações neurolinguísticas, vertentes psicológicas e psicanalísticas se baseiam em uma *fisiologia da natureza*. Para Freud, o homem é um aparelho, uma máquina. Para Winnicott, a relação humana não é maquinal, pois não existe máquina programada para cuidar de um bebê (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=QchPhiUzC9A. Acesso em: 04 ago. 2019). De outro lado, importante consignar que para La Mettrie (1748), o homem é uma máquina, e que não há em todo o universo outra substância diversamente modificada. Assoun (1981) destaca que as neurociências não fizeram nada mais do que aplicar em detalhe e com racionalidade a proposta de La Mettrie de entendimento maquinal, anunciando o reino da cientificação pela máquina (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=s9Z7n8gGXek. Acesso em: 04 ago. 2019).

seja, a conscientização do trauma sofrido e o processo de cura a ser percorrido para a formação da resiliência. Tal concepção tem valor operativo essencial para os operadores do direito, uma vez que incorporam a perspectiva do trauma como base para estudo vitimológico e intervenção no fenômeno criminógeno.

Para melhor compreensão do trauma como fenômeno político, pode-se mencionar que o trauma de um grupo particular deve ser considerado do contexto do sofrimento do grupo particular, para se tornar um trauma coletivo compartilhado. O trauma coletivo é um trauma político. O Holocausto se tornou um trauma político nos Estados Unidos a partir da década de 1970, quando representou o mal em si. Há os que propugnem que tal fenômeno seja positivo, pois o trauma se tornou compartilhável. Visto por outro lado, contudo, temos a descontextualização do trauma, que deixa de ter uma referência temporal pretérita, para estar presente em todo lugar, o tempo todo. Isso gera contínuos ciclos vitimizatórios, pois se vivencia repetidamente o trauma, estando presente hoje da mesma forma como no evento inicial. No Brasil podemos mencionar como exemplos de traumas políticos a escravidão e a desigualdade de tratamento e oportunidades entre homens e mulheres.

Sob o aspecto político de reivindicação de direitos, o fenômeno assume feição positiva, pois o evento passa a ter a conotação de "trauma oficial". Porém, não devemos deixar de levar em conta o trauma crônico que afeta os indivíduos marginalizados socialmente. Na perspectiva leiga, o evento traumatizante é externo, o que dificulta a assimilação dos deveres de solidariedade pelos integrantes da sociedade. Entretanto, o trauma resulta de uma decisão coletiva de fazê-lo, como por exemplo, ao estigmatizar vítimas de assédio moral, imputando-lhes culpa pelas agressões sofridas, ao invés de acolhê-las e promover a punição dos reais infratores. Na perspectiva psicanalítica, o entendimento *ut supra* não deixa de ser uma versão da perspectiva leiga, pois considera que "a verdade sobre a experiência é percebida, mas... com efeito, a verdade vai para o subterrâneo". O observador psicanalítico compreende o trauma de cima para baixo. Na perspectiva da vítima, tal redução científica carece de sentido.

Para compreender como um trauma individual pode ser considerado trauma em grupo, podemos remeter novamente ao exemplo do Holocausto. O Holocausto fisicamente infligido a milhões se tornou trauma de centenas de milhões. Por meio desse processo é que o trauma em grupo é criado.

O trauma político deve ser entendido como a capacidade ou incapacidade dos indivíduos de usarem as defesas contra o trauma que a sociedade oferece. A prática corriqueira de atividades ordinárias atribui um significado subjetivo e objetivo das coisas a que todos devem ter acesso, embora algumas pessoas não tenham o mencionado acesso. Tal acepção permite identificar as práticas políticas, sociais e culturais que excluem uma grande porcentagem da população de um mundo privado compartilhado. O oximoro é necessário para entender o processo pelo qual as pessoas podem ser despojadas de defesas contra o trauma.

O trauma enfraquece nossa confiança e estabilidade no mundo externo e interno, abalando a confiança dos indivíduos na sociedade. O trauma é uma experiência profundamente pessoal, porém devemos ter em conta que experiências traumatizantes não ocorrem em um vácuo político. Isso porque o grau em que os seres humanos são traumatizados depende, em boa medida, da organização social que nos cerca. Caruth destaca que seria como um *flashback*, uma relação histórica entre indivíduos, gerações e sociedades.[254]

Caruth destaca que o fenômeno se assemelha a uma versão do *acting-out versus* teoria do trauma, e é. A conduta se refere à tendência de reviver o trauma existente no presente como se fosse passado. Aqueles que agem tendem a reviver ocorrências, não apenas em *flashbacks* ou pesadelos, mas em histórias que são infinitamente repetidas, muitas vezes com pouca variação, geralmente sem desenvolvimento. Declarações da forma "então eu era…, mas agora sou…" são raras ou inexistentes. A tendência de repetir ou reviver eventos traumáticos congela o narrador em um tempo e lugar, a partir do qual ele ou ela desesperadamente deseja escapar.

O trabalho do facilitador consiste em desenvolver a capacidade da vítima de aceitar os fatos acontecidos, reescrevendo sua própria história. Em outras palavras, trata-se de possibilitar à vítima a incorporação de nova perspectiva: a de sobrevivente. Tal dimensão não

[254] CARUTH, Cathy. *Trauma*: explorations in memory. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1995. p. 5. A autora esclarece que a vítima do trauma extremo repete uma experiência não assimilada, que era incognoscível em primeira instância. É como se a vítima estivesse congelada no tempo, sendo incapaz de contar a mesma história várias vezes. Quando o faz, a história é revivida ou reexperimentada de uma maneira intrusiva, muitas vezes envolvendo *flashbacks*. Para a vítima, é como se estivesse revivendo a experiência, ao invés de narrar o ocorrido. Não raramente o tempo presente se confunde com o tempo passado. Com frequência, esses *flashbacks* e memórias intrusivas parecem surgir do nada; por exemplo, no meio de um jantar em família, interrompendo a experiência atual da vida cotidiana (CARUTH, Cathy. *Unclaimed experience*: trauma, narrative, and history. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996).

promove propriamente uma cura, pois a vítima não elimina o trauma sofrido, porém permite que ela se distancie do ocorrido, mudando sua visão sobre os fatos.

2.6 Sistema de proteção às vítimas de crimes

A palavra "sistema", do grego *systema*, se origina de *syn-istemi*, correspondente ao composto, ao construído. Para Santos:

> Sistema pode ser definido como um conjunto de objetos ou entidades que se interrelacionam mutuamente para formar um todo único. Faz-se a distinção entre sistemas fechado e aberto. O primeiro é aquele em que não existe intercâmbio com o seu meio externo ou ambiente. Está orientado ao progressivo caos interno (entropia), desintegração e morte. Aplica-se com maior frequência aos sistemas físicos, os quais não possuem qualidades de sustentação vital. Um sistema aberto é orientado para a vida em crescimento. Os sistemas biológicos, psicológicos e sociais obedecem ao modelo aberto e à teoria geral dos sistemas.
> O sistema consiste em quatro elementos. O primeiro é constituído pelos objetos, isto é, as partes, elementos ou membros do conjunto. Esses objetos podem ser físicos ou abstratos, ou ambas as coisas, dependendo da natureza do sistema. O segundo elemento de um sistema consiste em atributos, que são as qualidades ou propriedades do sistema e seus objetos. Em terceiro, um sistema deve possuir relações internas entre os seus objetos. É qualidade definidora crucial dos sistemas. Uma relação entre objetos implica efeito contínuo (interdependência e coibição). Por último, os sistemas possuem um meio ambiente, uma vez que não existem no vácuo e são afetados pelo mesmo.[255]

O sistema de proteção às vítimas de crimes remonta ao final do século passado, com a sua redescoberta e revalorização, tendo em vista o longo período da história em que a vítima foi esquecida na etiologia do crime e nas relações jurídicas dela decorrentes. A análise do papel da vítima auxilia a explicação do próprio fato típico punível, a sua prevenção e a resposta do sistema legal.

Para a concreção dessa finalidade, deve-se debruçar sobre as causas estruturais que conduzem à vitimização ou a favorecem, sejam de caráter socioeconômico, cultural ou ambiental, como, por exemplo, as relacionadas aos prejuízos próprios da mentalidade patriarcal desenvolvida pela vitimologia feminista.[256]

O sistema de proteção às vítimas de crimes pode ser sintetizado no direito à informação, iniciativa, proteção e reparação do dano causado. Para Serrano Masip, a proteção

[255] SANTOS, Celeste Leite dos, *Mediação para o divórcio*, cit., p. 119-125.
[256] Ibidem, p. 27.

da vítima de delitos deve ser considerada como um meio tendente a promover a desvitimização e a recuperação integral. Daí se pode outorgar um sentido mais amplo, compreendendo atuações de diferentes naturezas, tais como assistencial, informativa, de apoio e de participação. Destaca a autora que a participação no processo penal e a obtenção da reparação do dano do delito que sofreu constituem fatores fundamentais para o grau de satisfação que as vítimas experimentam.[257]

O sistema de proteção à vítima tem por objetivos garantir a vida, a integridade física, a segurança, a liberdade e a indenidade sexual das vítimas e de seus familiares, e salvaguardar sua intimidade, dignidade e dos riscos da vitimização secundária ou reiterada.[258]

A proteção em sentido estrito se refere à proteção da vítima *no*, *através*[259] e em *respeito* ao processo penal, bem como por meio de práticas restauradoras na fase extrajudicial, judicial ou de execução penal (penitenciária). As medidas de proteção à vítima devem zelar para a desvitimização desde o primeiro contato dela com os órgãos de persecução penal e o Poder Judiciário. Podem ser apontadas as seguintes: a) velar para que as investigações e processo criminal sejam céleres (art. 5°, LXXVIII, da CF); b) escuta ativa das vítimas; c) direito à manutenção de sua identidade e vida privada fora da opinião pública (arts. 5°, X, da CF e 22 do CC); d) orientação jurídica; e) declarar secretas algumas diligências de investigação; f) salvaguarda de sua integridade física e psíquica de novas agressões; g) direito de comunicação dos atos processuais, inclusive por *e-mail* (art. 201 do CPP); i) ausência de contato não consentido com o réu nas dependências do fórum e da delegacia de polícia, ante os prejuízos emocionais que podem advir (direito de entrada e salas de espera separadas). Outros direitos protetivos podem ser atribuídos em função do grau de vulnerabilidade da vítima, como, por exemplo, no caso de vítimas crianças e adolescentes, que têm direito a uma escuta especializada (Lei n. 13.431/2017). O rol apresentado é meramente exemplificativo, nada impedindo que um vindouro Estatuto da Vítima amplie a configuração desses direitos. O importante é que deve haver um juízo de proporcionalidade entre a medida protetiva atribuída

[257] SERRANO MASIP, Mercedes, Medidas de protección de las víctimas, *in La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, cit., p. 147.
[258] Ibidem, p. 145.
[259] Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade; Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD). Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606. Acesso em: 15 set. 2019.

à vítima e o direito de defesa do réu, sopesando-se ainda as características individuais da vítima, a natureza do crime e as circunstâncias e consequências dele ao tecido social violado.

Nesse sentido, a Recomendação (85) 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a posição da vítima no marco do direito penal e do processo penal, a qual destaca que, se por um lado o processo penal incrementa os problemas das necessidades das vítimas, por outro, a Justiça Penal tem por função atender às necessidades e interesses da vítima. Dessa forma, o foco procedimental passa a ser primordialmente a proteção dos interesses e necessidades da vítima, protegendo-a inclusive dos efeitos deletérios do próprio processo.

Da legislação estrangeira, podemos extrair que o Estatuto da Vítima do Delito espanhol (Lei n 4/2015 − LEVD) comporta três níveis de proteção: a) *medidas de proteção gerais* – evitar o contato entre vítima e ofensor, efetuando-se a gestão de espaços (art. 20 da Lei n. 4/2015); reconhecimento médico da vítima durante a investigação criminal (art. 21 da Lei n. 4/2015); preservação de sua intimidade pessoal e familiar, excepcionando-se o princípio da publicidade das decisões judiciais e restringindo-se o direito à informação da opinião pública[260]; b) *medidas de proteção especiais* aplicáveis à fase de investigação e instrutória – declaração em local especializado e adaptado a essa finalidade; prevenção do contato visual entre a vítima e o ofensor, inclusive por meio de tecnologias de comunicação; profissionais capacitados para reduzir ou limitar o prejuízo causado às vítimas; ausência de formulação de perguntas atinentes à vida privada da vítima ou sem relevância para o esclarecimento dos fatos; tomada de declarações diretamente pelo juiz ou pelo Ministério Público e por pessoa do mesmo sexo da vítima, a pedido desta, nos casos de violência doméstica, de gênero, de liberdade e indenidade sexual ou tráfico de pessoas com fins de exploração sexual[261]. A esse respeito, diz-se que o Estatuto da Vítima conduzirá à utilização generalizada da videocolaboração, também denominada videoconferência, não somente a favor de uma maior proteção das vítimas, senão da melhor administração da justiça[262]; c) *medidas de proteção específicas* – se destinam às vítimas menores de idade ou incapazes que podem ser categorizadas como vítima com especial necessidade de proteção. Visam a evitar que a investigação e instrução processual se convertam em fontes de prejuízo em razão de sua

[260] SERRANO MASIP, Mercedes, Medidas de protección de las víctimas, *in La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, cit., p. 146.
[261] Ibidem, p. 155.
[262] Ibidem, p. 157.

gestão inadequada, devendo haver a gravação obrigatória por meios audiovisuais das declarações das vítimas menores e com incapacidade, de sorte que não haja sua reiteração; tomada da declaração por meio de especialistas. Desse modo, as perguntas são formuladas diretamente pelos especialistas. No caso de conflito de interesses entre a vítima e seus representantes legais, o Ministério Público poderá solicitar a designação de defensor especial para a tutela de seus interesses.

2.7 Sistema de assistência social e saúde das vítimas de crimes

A realização de estudos de vitimização de forma integrada, com profissionais da área psicossocial e médica, propiciará a identificação das necessidades das vítimas e as taxas de vitimização, com base nas quais podem ser desenvolvidas políticas públicas de assistência às vítimas, fomentando programas e estruturas de assistência.[263]

Para tanto, se faz necessária a união da teoria com a *práxis*, evitando-se a estigmatização das vítimas e o assistencialismo puro, desprovido de suporte científico. A compreensão do fenômeno vitimológico e de suas diversas fases (*acting in*), e a possível transmudação dessa vítima em ofensor (*acting out*), permite o desenvolvimento de estratégias adequadas para a cessação do ciclo de violência em nossa sociedade, obtendo-se a paz social e, para o indivíduo, a superação da condição de vítima, para a de sobrevivente.

As vítimas especialmente vulneráveis, como as mulheres, idosos e crianças, devem receber acolhimento adequado pelo sistema de assistência e de saúde. *Ad argumentandum tantum*, o artigo 49 da Resolução adotada pela 49ª Assembleia Mundial de Saúde em maio de 1996 estabelece a violência de gênero como prioridade de saúde pública global, pois afeta a mulher em todas as fases de desenvolvimento de sua vida[264]. O artigo 1º da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher da ONU entende como violência contra a mulher todo ato de violência baseado na prevalência do sexo feminino que tenha ou possa ter como resultado um dano físico, sexual, psicológico para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária da liberdade, quer produzidas na vida pública, quer na vida

[263] Nesse sentido, a Recomendação 87/21 do Comitê de Ministros da Europa, de 17 de setembro de 1987, sobre assistência às vítimas e prevenção da vitimização.

[264] GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. Víctima vulnerable y protocolos de actuación: tratamiento de la violencia de género por el personal sanitario. *In*: BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; POZO PÉREZ, Marta del (dir.); GONZÁLEZ MONJE, Alicia (coord.). *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables*: aspectos interdisciplinares. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 330.

privada. Assim, nossa legislação se encontra defasada na proteção da mulher vítima na esfera pública, pois rotineira a adoção de assédio moral organizacional por boa parte das instituições públicas, ao exigir, por exemplo, que se submetam a testes de gravidez, ou não disciplinando o direito à conciliação nas esferas profissional, familiar e pessoal de seus servidores. Nesse sentido, o Projeto de Lei n. 4.742/2001, aprovado na Câmara dos Deputados em 13 de março de 2019, estabelece que configura assédio moral no ambiente de trabalho toda conduta que "ofender reiteradamente a dignidade do outro, causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental no exercício de emprego, cargo ou função"[265]. Da mesma forma, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), embora constitua importante marco legal, possui seu âmbito de aplicação limitado às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Logo, o bem jurídico deve ser ampliado, de forma a abarcar todas as formas de violência contra a mulher, seja física (abortamento ou esterilização forçada), psicológica (lesão corporal por dano psíquico), sexual (estupro) ou social (desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres), independentemente da existência de relação de afetividade, com reconhecimento de direitos específicos de assistência e saúde pública às mulheres.

A assistência sanitária contempla uma boa atenção por parte de seus servidores, contribuindo para a prevenção, detecção e tratamento integral das vítimas de violência em situação de vulnerabilidade. A escuta ativa desses profissionais e documentação adequada pode permitir a identificação de situações em que há risco vital às vítimas vulneráveis (*v.g.* altas taxas de feminicídio, precedidas de maus tratos impingidos à mulher). Assim, os profissionais da saúde e da assistência social devem atuar de forma integrada e preventiva, conscientizando-se de que as ações eleitas influenciam outras áreas que fogem ao seu âmbito de atuação, como, por exemplo, como meio de prova em ação cível e/ou penal vindoura. O vindouro estatuto da vítima deve, dentre outras medidas, prever um plano estratégico de plena comunicação, que permita o compartilhamento de informações disponíveis em bases de dados informáticos de todas as esferas da saúde, assistência, segurança e administração da justiça, obedecendo ainda à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018).

Dentre as medidas de saúde que podem ser adotadas, está a previsão de cirurgias restauradoras às vítimas de violência nos protocolos SUS, bem como a atenção integral que

[265] Nesse sentido: MAGALHÃES, Mariana Cardoso. Câmara dos Deputados aprova projeto que criminaliza o assédio moral no local de trabalho. *Migalhas*, de 18 abr. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI300545,71043-Camara+dos+Deputados+aprova+projeto+que+criminaliza+o+assedio+moral. Acesso em: 05 ago. 2019.

deve ser despendida às vítimas diretas e indiretas do delito, tais como atenção psicológica e psicopedagógica (*v.g.* filhos da mulher vítima de violência doméstica).

2.8 Sistema de defesa das vítimas de crimes

No âmbito normativo, os direitos das vítimas envolvem os itens precedentes referentes à proteção e assistência das vítimas de crimes.

A responsabilidade do Estado e da sociedade com as vítimas de crimes não é algo que se possa predicar tão somente em relação aos fatos delitivos, sendo passível inclusive de indenização pelo próprio Estado. Tamarit Sumalla esclarece:

> [...] como fundamento do dever estatal de ajudar as vítimas de delitos, há uma responsabilidade do Estado por não ter sido capaz antes do delito como lhe correspondia segundo o "contrato social". Sem embargo, no contexto de uma "sociedade de risco", cabe assim mesmo fundamentar uma responsabilidade social com as vítimas de um progresso tecnológico de que se beneficia o conjunto de cidadãos, à custa de um risco que acaba se realizando em desgraça de poucos, frequentemente coletivos vulneráveis, como podem ser as crianças. É paradigmático nesse sentido o caso dos acidentes de tráfico. Em torno de uma concepção ampla de vítima e no marco de uma tendência de socialização do risco decorre, como se verá, o direito de danos.[266]

Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 exige que os Estados respeitem e protejam o direito à vida, o direito de toda pessoa não ser torturada nem ser submetida a tratamento cruel, desumano ou degradante, bem como o direito à sua segurança pessoal. Nessa linha, a Recomendação Geral n. 19, do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1992, destaca que: "Os Estados também podem ser responsáveis por atos privados se não adotam medidas como a *diligência devida* para *impedir a violação de direitos* ou para *investigar* e *castigar* os atos de violência e proporcionar *indenização*."

Da análise dos documentos internacionais supracitados, o *descumprimento do dever de diligência pelo Estado*, no exercício de sua ingerência penal, se aplica a todas as modalidades delitivas e se dá das seguintes formas:

---

[266] TAMARIT SUMALLA, Josef Maria, La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas, *in Manual de victimología*, cit., p. 20, nossa tradução.

- ausência de propositura e/ou promulgação de leis que promovam a proteção, assistência (social e de saúde) e defesa das vítimas de crimes (regramento mínimo de seus direitos), inclusive mediante o estabelecimento de políticas públicas voltada à implementação desses objetivos;
- ausência de incorporação na *práxis jurídica* dos documentos internacionais que foram subscritos pelo Brasil (art. 5°, § 2º, da CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.");
- ausência de desenvolvimento de mecanismos para o cumprimento efetivo das leis;
- ausência ou deficiência de estudos estatísticos policiais, criminais e de informações judiciárias para avaliar a efetividade dessas medidas para o resultado que se pretende, incorporando-se a perspectiva vitimológica, prevista em instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, ao artigo 809 do CPP e à Lei n. 13.675/2018 (Sistema Único de Segurança Pública e o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas − SINESP)[267]. Interessante notar que na atualidade podem ser desenvolvidos sistemas de inteligência artificial que permitem a interoperabilidade entre os

[267] O denominado Sistema Único de Informações de Segurança Pública ainda é incipiente, pois não possui informações unificadas dos institutos de informação e estatística, bem como judiciais em todo o território nacional, de sorte a possibilitar a adoção de políticas públicas nacionais, estaduais e locais de combate ao crime, o que vem de encontro com o papel de ingerência penal do Estado, que perpassa desde a esfera legiferante à efetiva adoção de políticas públicas preventivas. A esse respeito, estabelece o artigo 809 do CPP: "A estatística judiciária criminal, a cargo do Instituto de Identificação e Estatística ou repartições congêneres, terá por base o *boletim individual*, que é parte integrante dos processos e versará sobre: I - os crimes e as contravenções praticados durante o trimestre, com especificação da natureza de cada um, meios utilizados e circunstâncias de tempo e lugar; II - as armas proibidas que tenham sido apreendidas; III - o número de delinquentes, mencionadas as infrações que praticaram, sua nacionalidade, sexo, idade, filiação, estado civil, prole, residência, meios de vida e condições econômicas, grau de instrução, religião, e condições de saúde física e psíquica; IV - o número dos casos de codelinquência; V - a reincidência e os antecedentes judiciários; VI - as sentenças condenatórias ou absolutórias, bem como as de pronúncia ou de impronúncia; VII - a natureza das penas impostas; VIII - a natureza das medidas de segurança aplicadas; IX - a suspensão condicional da execução da pena, quando concedida; X - as concessões ou denegações de *habeas corpus*. § 1 . Os dados acima enumerados constituem o mínimo exigível, podendo ser acrescidos de outros elementos úteis ao serviço da estatística criminal. § 2 . Esses dados serão lançados semestralmente em mapa e remetidos ao Serviço de Estatística Demográfica Moral e Política do Ministério da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 9.061, de 14.6.1995). § 3 . O *boletim individual* a que se refere este artigo é dividido em três partes destacáveis, conforme modelo anexo a este Código, e será adotado nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios. A primeira parte ficará arquivada no cartório policial; a segunda será remetida ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere; e a terceira acompanhará o processo, e, depois de passar em julgado a sentença definitiva, lançados os dados finais, será enviada ao referido Instituto ou repartição congênere."

> sistemas policial, do Ministério Público e do Poder Judiciário, visando à classificação de documentos, cuja origem embrionária se encontra no anexo do CPP de outubro de 1941.

A responsabilidade do Estado pela vitimização em nossa sociedade resulta da conjugação dos fatores expostos acima, devendo ser integrados nos documentos supracitados informações precisas quanto à identificação da vítima, idade, sexo, nacionalidade, relação com o ofensor, lugar, hora do fato, endereço pessoal e virtual (*e-mail* e redes sociais), os meios empregados, seu resultado, fatores de vulnerabilidade, fatores de insegurança, além dos desdobramentos causados pelo crime, para permitir a avaliação dos danos mínimos causados pela prática de crime (art. 387, inciso IV, do CPP) e desenvolver políticas públicas de prevenção e proteção às vítimas de crimes. A classificação dos dados vitimológicos permitirá a unificação de uma base única de dados nacionais e internacionais, possibilitando a valoração das taxas de subnotificação existentes. Aos indicadores sociais quantitativos mencionados, podem ser agregados, durante o inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou mediação penal a cargo do Ministério Público, ou durante o processo judicial, indicadores sociais qualitativos pertinentes à história de vida de cada ofendido, a fim de desenvolver métodos de desvitimização, conforme o tipo delitivo e contexto em que o crime foi praticado.

2.8.1 Impacto das sanções formais

A análise do impacto das sanções formais, do ponto de vista da vítima, remete à análise da necessidade de imposição de sanção penal e quanto a perspectiva da vítima é ignorada no sistema formal de aplicação da lei penal. Proliferam estudos atrelando a aplicação da pena ao caráter ressocializador do delinquente, mas muito pouco é dito a respeito do caráter reintegrador das vítimas direta e indireta do delito, tampouco sobre a necessidade da restauração ao *statu quo ante* das consequências advindas da ruptura do contrato social.

Para Roxin, o critério da culpabilidade entendido como limite da pena tem o condão de limitar o poder de intervenção estatal. Esclarece que:

> [em] uma democracia todo poder estatal procede do povo, a sentença judicial carece de legitimação metafísica teleológica e seu fundamento exclusivamente racional reside, descansa na vontade dos cidadãos. Essa vontade está dirigida a finalidades de prevenção geral e especial e não a uma compensação de culpabilidade cuja realização está subtraída ao poder humano.[268]

[268] ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 44. Nossa tradução.

Ou seja, enquanto critério limitador da pena, deve ser perquirida no caso concreto a necessidade de aplicação da pena, preservando ao mesmo tempo o desenvolvimento da personalidade da vítima/ofensor e uma feliz convivência humana.

A culpabilidade tem por finalidade proteger a convivência estatal, devendo ao mesmo tempo ressocializar o infrator (prevenção especial) e a comunidade atingida pela sua prática (prevenção geral). Isso porque admitir seu caráter meramente retributivo não permite que a necessidade de sua imposição seja comprovada empiricamente. A ordenação satisfatória da convivência humana não se submete a critérios de tipo "verdadeiro" ou "falso", senão na sua utilidade e danosidade sociais[269]. Assim, tanto a pena como a medida de segurança visam a proteger bens jurídicos e reincorporar a vítima e o ofensor à comunidade.

Roxin preconiza que a culpabilidade se distingue do injusto em razão da peculiar forma de valoração a que se submete o autor da infração. O conceito material de culpabilidade "pode ser totalmente decisivo para a interpretação de todos os elementos concretos da culpabilidade e inclusive para desenvolver causas supralegais de exclusão da culpabilidade e, por isso, em muitos casos condiciona a punibilidade". Prossegue o autor:

> [...] as tentativas que nos são familiares de separar e opor as características sistemáticas injusto e culpabilidade têm resultado, com efeito, inconsistentes todas elas [...]. O decisivo não é poder atuar de outro modo, senão que o legislador, desde pontos de vista jurídicos-penais, quis fazer responsável o autor da infração [...]. O grau de responsabilidade é, portanto, no âmbito do que a política criminal referida ao autor penetra diretamente na dogmática do direito penal. Na medida que o conteúdo dos fins da pena é determinado conjuntamente por conhecimentos criminológicos, sociológicos jurídicos e filosófico-jurídicos, tropeçamos, aqui, com essa estreita relação entre dogmática e ciências básicas, sem cuja consideração uma obra articulada se petrifica muito facilmente, se convertendo em lógica conceitual formal.[270]

2.8.2 Impacto das sanções informais

A celebração de acordo de não persecução penal pelo representante da sociedade, que é o Ministério Público, permite que se abarquem todos os aspectos materiais do injusto penal culpável restaurável, razão pela qual, ao concorrer ao mesmo tempo na sua realização fatores de caráter preventivo-geral (reparação do dano e auxílio na cura das diversas espécies de traumas causados pelo delito) ou preventivo-especial (ressocialização do infrator pela sua

[269] ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., p. 49.
[270] Ibidem, p. 61-72, nossa tradução.

autorresponsabilização), fazem desaparecer a necessidade de impor uma sanção penal. Desse modo, a política criminal encetada pelo Ministério Público guarda estreita correlação com a dogmática penal correspondente. No dizer de Roxin, o direito penal "é, no fundo, protetor e que, por conseguinte, somente pode ser utilizado pelo Estado como meio para assegurar a convivência pacífica da sociedade"[271]. Nesse raciocínio, pondera que "o juiz pode, portanto, impor qualquer pena que esteja dentro dos limites garantidos pelo marco da culpabilidade, elegendo em cada caso aquela que pareça mais conveniente, sobretudo para alcançar a ressocialização".[272]

Ao atuar de forma igualmente parcial, de acordo com técnicas que serão desenvolvidas no Capítulo 3, o *Parquet* oferece medidas menos danosas do que a que seria objetivamente aplicada ao infrator, sem descuidar da proteção da vítima, havendo ainda o controle da legalidade de sua atuação, pela posterior homologação, ou não, do acordo celebrado, pelo Poder Judiciário. O acordo poderá versar tanto sobre a não persecução penal, quanto uma imposição atenuada de pena, prestigiando-se a solução pacífica de conflitos, que constitui princípio fundamentador da República Federativa do Brasil.

No primeiro caso, inegável o caráter administrativo e cível das cláusulas contidas no acordo celebrado, uma vez que eventual imposição de prestação de serviços à comunidade deve ser livremente aceita pelo ofensor, bem como podem ser estabelecidas em favor da vítima obrigações pecuniárias, ou mesmo, alternativamente, obrigações de fazer ou não fazer.

A ingerência estatal continua presente na vida dos indivíduos que, por conta própria, deliberaram restaurar os efeitos causados pela prática delitiva, restaurando-se a ferida causada na vítima e na sociedade.

[271] ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., p. 99, nossa tradução.
[272] Ibidem, p. 100, nossa tradução.

CAPÍTULO 3 − CONSEQUÊNCIAS PENAIS E EXTRAPENAIS DAS PRÁTICAS RESTAURADORAS

3.1 Justiça restaurativa

Não há um conceito único de justiça restaurativa, ou mesmo unanimidade quanto à sua origem. Em sua essência, constitui movimento social que acolhe inquietações diversas sobre a forma como as sociedades reagem frente ao delito e as respostas concretas ao crime. Trata-se, portanto, de programa político-criminal, por meio do qual seus postulados são desenvolvidos de forma assistemática. Ainda que possa ter por efeitos a melhoria da imagem na administração da justiça, um menor custo econômico ou uma redução do uso da prisão, tais características não definem a justiça restaurativa na sua essência.[273]

A justiça restaurativa é também denominada *justiça reparadora* (Tamarit, 2006), *participativa* (Christie), *terapêutica* (Wexler e Winick), *reconstrutiva* (Subijana), *restitutiva* (Highton, Ávarez e Gregorio), *da vítima* (Beristain), *recriadora* (Beristain). Todas as correntes possuem por denominador comum a recuperação do protagonismo da vítima, atualmente tratada como uma estátua de cera, na resolução de conflitos de índole penal, sem descuidar do vitimário, em seu contexto social.[274]

Mais recentemente, resulta de mudança de paradigma do sistema penal, a potencializar sua função social preventiva, resultando de núcleo de convergência do sistema anglo-saxão, sob a denominação de justiça restaurativa ou reparadora. Salgado destaca que essa nova concepção de justiça tem por objetivos:

> [...] reparar o dano causado pelo cometimento do fato delitivo, evitar – na medida do possível – a vitimização das partes e, em definitivo, obter a paz social, pretendendo uma maior participação das partes envolvidas na controvérsia, participação que se concretiza em uma vocação de resolução conjunta do problema e no desenho do marco das relações futuras, com uma especial ênfase na reparação das consequências do delito.[275]

---

[273] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 126.

[274] OLALDE ALTAREJOS, Alberto José. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*. Madrid: Dykinson, 2017. p. 39-40.

[275] ALONSO SALGADO, Cristina. Justicia penal consensuada: breve aproximación al pateggiamento en el caso italiano. *In*: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.); TORRADO TARRÍO, Cristina (coord.). *La mediación*: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. Madrid: Wolters Kluwer, 2013. p. 425. Nossa tradução.

Para Zehr:

> A justiça restaurativa é uma abordagem para alcançar justiça que abrange, na medida do possível, aqueles que têm envolvimento com uma ofensa ou dano específico, para coletivamente identificar e tratar os danos, necessidades e obrigações, a fim de curar e colocar as coisas da forma mais correta possível.[276]

Visando a uniformizar o conceito de justiça restaurativa, O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas elaborou em 2002 uma declaração contendo os princípios básicos sobre o uso de programas de justiça restaurativa em matéria criminal[277]. Segundo a declaração, programa de justiça restaurativa é conceituado como qualquer programa que use o processo restaurativo e busque alcançar resultados restaurativos.[278]

Nos termos da declaração *ut supra*, o processo restaurativo é qualquer processo onde em que a vítima e a pessoa ofensora, e, quando seja apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pela prática delitiva, participam juntos na resolução dos assuntos derivados do mesmo crime, geralmente com a ajuda de uma pessoa facilitadora. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, conciliação, conferência e aos círculos decisórios.[279]

Por fim, conceitua como resultado restaurativo o acordo obtido como resultado do processo restaurativo. O resultado vai mais além do encontro entre os atores, e inclui respostas e programas, tais como a reparação, restituição, serviços à comunidade, destinados a satisfazer às necessidades individuais e coletivas, assim como as responsabilidades das partes em obter a reintegração da vítima e da pessoa ofensora.[280]

Da análise supra, conclui-se que a denominação "práticas restaurativas" é mais precisa do que o termo "justiça restaurativa", ante a multiplicidade de técnicas e culturas abrangidas por essa expressão, dado o seu caráter eminentemente experimental. Costuma-se apontar que foi o psicólogo Albert Eglash quem cunhou a expressão "justiça restaurativa".[281]

---

[276] ZEHR, H. *The little book of restorative justice*. Intercourse, PA: Good Books, 2002. p. 13. Nossa tradução.
[277] UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (ECOSOC). *Basic principles on the use of restorative justice programs in criminal matters*. New York, 2002. Disponível em: https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf. Acesso em 30 out. 2019.
[278] Ibidem, p. 3.
[279] Ibidem, p. 3.
[280] Ibidem, p. 3.
[281] EGLASH, Albert. Beyond restitution: creative restitution. *In*: HUDSON, Joe; GALAWAY, Burt (ed.). *Restitution in criminal justice*: a critical assessment of sanctions. Lexington, MA: Lexington Books, 1977.

Em 16 de dezembro de 2005, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 60/147, que estabelece princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário[282], fixando, dentre outros, o direito à indenização e restituição do dano causado por violência ou trauma, explicitando que o trauma integra o conceito de injusto penal.

Em 2006, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime publicou um manual de programas de justiça restaurativa, ampliando o conceito de processo restaurativo, para abarcar as hipóteses de diálogo indireto, o diálogo realizado entre vítimas, pessoas ofensoras e outras partes, e o diálogo facilitado entre vítimas, pessoas ofensoras, pessoas de apoio, pessoal técnico de agências governamentais e membros da comunidade.[283]

O artigo 245 da CF prevê a criação do auxílio-vítima para as vítimas indiretas da prática delitiva, *in verbis*:

> Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do delito.

Visando a conferir efetividade ao comando constitucional, foram propostos na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei ns. 3.503/2004, 1.692/2015 e, no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 1.242/2019, para as hipóteses em que a vítima direta tenha falecido ou possua dependentes, sendo estabelecido o prazo de cinco anos para a percepção do benefício, no caso da prática de crimes dolosos ou atos infracionais.[284]

No tocante à previsão constitucional, Scarance Fernandes indica a opção constitucional de atribuir maiores prerrogativas às vítimas de crimes[285]. Em artigo escrito em

---

[282] PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria-Geral da República. *Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário*. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

[283] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Handbook on restorative justice programmes*. New York: United Nations, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf. Acesso em: 01 nov. 2019.

[284] Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1296503. Acesso em 29 out. 2019; https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7922470&ts=1571776231964&disposition=inline. Acesso em 29 out. 2019.

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

coautoria com Duek Marques, sustentam que os fundos sobre a compensação pelo Estado dos danos resultantes do crime possuem por fundamentos:

> - a compensação por parte do Estado deriva da moderna ideia de seguro estatal e da centralização de funções do Estado moderno;
> - o Estado, ao proibir a vingança privada, passou a ter como uma de suas principais funções a defesa e a segurança dos cidadãos, que têm o direito à preservação da vida, da honra e de seus bens; decorre então a obrigação de o Estado compensar e indenizar aqueles que sofreram em decorrência da falha na prestação destes serviços de segurança e defesa;
> - há um interesse público em que a vítima do crime obtenha integral reparação de seus danos, seja porque, de forma mediata, são geralmente atingidos os seus familiares, seja porque ela normalmente representa força útil de trabalho e produção atual ou futura;
> - não basta prever a reparação pelo autor do crime porque muitas vezes a autoria não é descoberta, ou ele não é acusado, ou é insolvente, ou a sentença demora demais para ser proferida.[286]

Para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a justiça restaurativa pode ser conceituada como:

> [...] um 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;

[286] FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, p. 30, out./dez. 1991. Os autores destacam que os fundos ou sistemas estatais de reparação já foram implementados na Nova Zelândia, Itália, França, Inglaterra, Irlanda do Norte, Canadá, Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda e Finlândia (Ibidem, p. 30). Sobre o papel do Estado na reparação do dano, destacam: "Várias legislações antigas, como o Código de Hammurabi (século XII a. C.), as leis de Israel e a Lei das XII Tábuas conheceram a reparação do dano, que antecedeu, não só as penas aflitivas, como também as privativas de liberdade. No passado a reparação do dano ou composição substituiu a vingança privada, que gerava conflitos infindáveis entre grupos e famílias, enfraquecendo a comunidade. O pagamento do dano causado substituiria o que Erich Froom denomina de destrutividade vingativa, reflexo de uma reação espontânea a uma injustiça ou sofrimento não justificado infligido a membros de um determinado grupo. No século V, com a queda do Império Romano do Ocidente, os povos germanos trouxeram para a Europa Ocidental a prática de *Vehrgeld* (de *vehr* − defesa; *geld* – dinheiro), que consistia no pagamento de uma quantia à vítima ou seus parentes pelo culpado de um delito. Era o chamado 'preço do homem', que, não sendo pago, certamente conduziria a um conflito entre as famílias da vítima e do culpado. [...] os germanos também trouxeram para o ocidente o duelo judiciário, que era o combate ordenado pelos juízes entre acusador e o acusado, onde o vencido era considerado culpado. Uma das primeiras obras da literatura francesa, o poema épico 'Chanson de Roland', escrito no século XI, descreve o cunho religioso do duelo judiciário, chamando-se, também, por esse motivo de julgamento de Deus. [...] A reparação do dano não encontrou lugar na fase da vingança divina, quando o castigo imposto ao culpado não buscava satisfazer à vítima, mas sim à divindade, através de uma justiça de cunho sacerdotal. A pena era uma resposta ao 'pecado mortal'. Com a vingança pública, o direito penal conheceu o apogeu do arbítrio e da desumanidade das penas impostas [...], sendo que tal situação apenas se modificou no século XVIII com o movimento Iluminista, culminando com a Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão." (Ibidem, p. 25-27).

> 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.[287]

A análise crítica da Resolução *ut supra* possibilita afirmar que em nenhum momento há a definição de seu âmbito concreto de incidência, ou seja, a interpretação literal dela não permite concluir que seu âmbito de incidência se refere à prática de crimes ou contravenções penais. Isso porque as expressões "fato danoso" e "conflito que gera dano concreto ou abstrato" não se identificam com o conceito de crime, seja em sentido formal, material ou analítico de crime. Em outras palavras, não alude a violação a norma penal, a bem jurídico protegido ou à prática do injusto penal culpável.

Mutatis mutandis, não se desconhece que o núcleo do direito penal é a lesividade social ou a existência de potenciais vítimas, caso não se opere a desvitimização ou reinserção social do autor da infração penal. Tal constatação, ao revés, implica no reconhecimento de que o plano restaurativo que abranja a reparação do dano causado à vítima possui relevância penológica, satisfazendo aos fins penais de prevenção geral. Isso porque a reparação do dano pode ser interpretada como uma reafirmação da norma jurídica defraudada, sem que baste uma reparação de perfil nitidamente *iusprivatista*, que a reduza a parâmetros econômicos.[288]

Cumpre ressaltar que fala genericamente em "conflito" e "violência", e sua aplicação literal conduziria a inegável revitimização, pois em nenhum momento considera o "trauma" sofrido pela vítima com a prática delitiva. Aliás, sequer usa a expressão conflito *penal*, a fim de delimitar minimante seu âmbito conceitual de incidência. Logo, ao estabelecer tão somente a necessidade de reparação do dano, desconsidera as necessidades da vítima, no tocante aos aspectos intangíveis do delito, que não podem ser reconduzidos a um denominador econômico.

---

[287] Resolução CNJ n. 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 27.10.2019.

[288] Montenegro destaca: "Nesse contexto, considera-se dano à pessoa toda ofensa dirigida contra a sua integridade física ou incolumidade moral, a acarretar-lhe consequências desfavoráveis como entidade somática ou psíquica. No campo da responsabilidade civil, o que mais interessa são as consequências economicamente negativas da ofensa." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 56).

Nessa perspectiva, o conceito apresentado pelo CNJ é manifestamente insuficiente para compreender e enfrentar o fenômeno delitivo, pois, ao lado das noções de conflito e violência, é imprescindível a abordagem do *trauma* sofrido pela vítima, consoante explicitado no Capítulo 2. Ao reconhecer a dor causada à vítima da prática delitiva, podemos visualizar que as partes não se encontram em situação de equilíbrio de poder para que simplesmente se proceda a uma espécie de "conciliação entre a vítima e ofensor". Aliás, cumpre mencionar a necessidade de revisão da Resolução CNJ n. 225/2016, pois o artigo 1° da Resolução CNJ n. 253/2018 é expresso, ao estabelecer a política de atenção integral da vítima, razão pela qual deve ser tratada com equidade, dignidade e respeito pelos órgãos judiciários aos quais os programas de justiça restaurativa são vinculados (art. 3°, VI, da Res. CNJ n. 253/2018).[289]

Em outras palavras, a assimetria moral entre vítima e ofensor, a profundidade das feridas e a sobrecarga emocional podem gerar sentimentos como rancor e medo, e a busca de vingança, que intensificam o trauma causado pela prática delitiva, especialmente no caso de delitos graves. Em outras palavras, visa-se a oferecer àqueles que padecem de sequelas tão graves instrumentos para elaborar o ocorrido. Desse modo, não se pode impingir a vítimas de crimes o "compartilhamento de obrigações" com o ofensor ou com quem quer que seja (art. 1º, § 1º, "d", da Res. CNJ n. 225/2016), tampouco que seja "corresponsável" pelo resultado da prática restaurativa a que anuiu participar. Ao revés, a vítima precisa que sejam empregados métodos de escuta ativa que propiciem o seu acolhimento como membro da comunidade, a fim de que possa reimprimir sua história, requalificando-a como um sobrevivente. Nessa perspectiva, o ofensor deverá assumir compromisso restaurativo com a vítima ou prejudicado, devendo realizar ações efetivas em benefício da vítima, da comunidade, ou de ambos.[290]

Cumpre destacar que há equívoco em limitar as ferramentas restaurativas desenvolvidas, ao prever que "é necessária" a participação cumulativa da vítima, ofensor, familiares e comunidade direta ou indiretamente atingidos pelo fato, além da presença de facilitadores restaurativos. Nesse sentido, afirma Olalde Altarejo: "O paradigma restaurativo enfatiza o fato de que a pessoa ofensora tem responsabilidades a satisfazer em relação às

[289] Resolução CNJ n. 253, de 4 de setembro de 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_253_04092018_05092018141948.pdf. Acesso em: 27.10.2019.

[290] Resolução CNJ n. 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 29.10.2019.

pessoas que prejudicou, não apenas efetuando reparações, incluindo as simbólicas, senão também reparando as relações deterioradas entre ela mesma e a vítima."[291]

Tal concepção *restringe as opções restaurativas* possíveis ante a prática delitiva, pois na conferência vítima ofensor (VOC), por exemplo, não há a participação necessária da comunidade, ao contrário, recomenda-se que apenas as pessoas estritamente necessárias participem da prática restaurativa. Veja-se que o artigo 1º, parágrafo 1º, IV, da Resolução CNJ n. 225/2016 é textual, ao conceituar a sessão restaurativa como "todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, *entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos* a que se refere o *caput* deste artigo". Logo, impossibilita a utilização da vítima substituta adotada em muitas conferências vítima ofensor, o estabelecimento de processos circulares de cura com a vítima ou processos de círculos de conformidade com o ofensor, etapas preparatórias a realização do denominado círculo decisório (*sentencing circle*).

Na sua motivação percebe-se ainda seu caráter eminentemente inconstitucional, pois justifica sua incidência aos instrumentos despenalizadores da transação penal e do *sursis processual* aos crimes de pequeno potencial ofensivo, previstos na Lei n. 9.099/95. Ignora, portanto, que a previsão expressa de proposta de ambos os institutos é privativa do Ministério Público, representante constitucional da sociedade e titular da ação penal pública (arts. 127 a 129 da CF). Logo, não seria possível o estabelecimento de sessões de "conciliação penal" sem a sua participação necessária no procedimento.

A normativa ainda desconsidera o importante papel da advocacia e da defensoria pública como instituições que possibilitam o efetivo acesso à justiça, pois em nenhum momento se refere à participação deles em favor do ofensor, das vítimas ou da comunidade, no caso de bens jurídicos coletivos, nem mesmo na redação de acordo obtido como resultado do procedimento restaurativo a que o ofensor se submeteu, que ainda terá "as implicações" para a vítima, ofensor e comunidade "consideradas" no processo penal. Em sentido diverso, no manual do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime mencionado, há a previsão do direito de consultar um advogado durante o processo restaurativo e, se ainda for necessário, um tradutor ou intérprete.

---

[291] OLALDE ALTAREJOS, Alberto José, *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, cit., p. 41, nossa tradução.

Veja-se, ainda, que se fala em comunidade "direta" ou "indireta", sem conceituar o que se entende por comunidade que sofreu dano ou quem seria a pessoa que possuiria legitimidade ou idoneidade para representá-la (art. 1°, § 2°, da Res. CNJ n. 225/2016). A previsão tem por aspecto positivo o reconhecimento da necessidade de intervenção da sociedade nos problemas relacionados às causas e consequências dos comportamentos delitivos e do emprego de técnicas de desvitimização. A intervenção do tecido social solidário humaniza o sistema penal, promove a satisfação do interesse da vítima e do interesse coletivo de pacificação social.

Cumpre-nos tentar fornecer uma contribuição para o aprimoramento da construção do conceito de justiça restaurativa, até para poder delimitar seu âmbito de abrangência.

A ideia da justiça restaurativa é fornecer uma orientação focada nos deveres de solidariedade existentes na sociedade, com o objetivo de diminuir o sofrimento da vítima causado pela prática delitiva. Por tal razão, implica a assunção de responsabilidades, seja da própria sociedade na busca de mecanismos que restaurem a paz social, como do próprio infrator, que tem o dever de restituir e se responsabilizar pelas consequências de seus atos.

Sharpe entende que o seu papel é fomentar o diálogo entre as partes, sendo ferramenta complementar ao sistema de justiça, consoante o que segue:

> A justiça restaurativa não substitui procedimentos legais nos casos de crimes graves e violentos, mas pode alcançar coisas que os procedimentos da lei não podem. Por exemplo, a pessoa responsável por uma agressão ou homicídio pode ser a única capaz de responder certas questões, como por que a vítima foi escolhida como alvo ou como foram os momentos finais de uma pessoa amada. Ouvir essa pessoa reconhecer que a violação foi errada e não deveria ter sido cometida pode ser mais poderoso do que vindo de outros. Igualmente, pedir desculpas à pessoa a quem o dano foi causado pode ter mais poder do que expressar remorso a outras pessoas, especialmente se as desculpas forem aceitas.[292]

Portanto, a justiça restaurativa tem por objeto estimular a satisfação dos interesses da vítima – na qualidade de sujeito de direitos[293] –, bem como a conscientização pelo infrator das

[292] SHARPE, Susan. Como a justiça restaurativa repara danos sem se basear em punição. Entrevista a Juliana Domingos de Lima. *Nexo Jornal*, 22 mar. 2018. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2018/03/22/Como-a-justi%C3%A7a-restaurativa-repara-danos-sem-se-basear-em-puni%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 08 nov. 2019.

[293] "Não se pode fechar os olhos para a realidade atual, na qual ao acusado é conferida uma série de direitos e garantias, enquanto as vítimas têm seus direitos frustrados, sendo constantemente revitimizadas. É importante que se tenha uma preocupação com as vítimas de crimes, sem que isso, obviamente, represente um retorno ao

consequências de seus atos, atuando assim como forma de prevenção geral positiva, pois confirma a vigência da norma para a sociedade.

3.2 O papel das neurociências na reinserção social de vítimas e ofensores

A neurociência é campo científico interdisciplinar que estuda o sistema nervoso e como ele maneja os pensamentos, as emoções e a conduta. Por meio dela, é possível integrar diferentes paradigmas e obter a convergência de diferentes objetos de investigação, como, por exemplo, o estudo da neurogênese[294] e sua relação com o tamanho da amídala cerebral[295]. O conhecimento de formas de estímulo à neurogênese é importante ferramenta a ser utilizada pelas práticas restaurativas. Em décadas recentes, ocorreram muitos avanços importantes na neurociência, que resultaram em uma maior compreensão do cérebro humano, e esses avanços podem ajudar os operadores jurídicos a melhor entender o comportamento humano.[296]

Durante mais de dois mil anos, os filósofos ocidentais, como Platão e Descartes[297], sustentaram que a razão e a emoção são opostas e estão em conflito, enfatizando que a

---

sistema de justiça privada, mas sim a 'revalorização' do ofendido como sujeito de direitos e merecedor da atenção do Estado e da sociedade civil." (IULIANELLO, Annunziata Alves. *Depoimento especial*: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2019. p. 87-88).

[294] Neurogênese é o processo de formação de neurônios provenientes de células-tronco neurais e progenitores neurais. Acreditava-se que a neurogênese ocorria apenas no desenvolvimento do cérebro e que não continuava durante toda a vida, mas estudos feitos recentemente concluíram que a neurogênese ocorre continuamente em regiões encefálicas específicas.

[295] O tamanho da amídala é relacionado à capacidade de empatia de cada indivíduo, razão pela qual o estudo de formas de comunicação que permitam o seu desenvolvimento é tão importante quando se pretende restaurar os componentes imateriais causados pela infração penal.

[296] WRIGHT, Walter A. Aportes de la neurociencia para comprender el comportamiento humano en la mediación. *In*: WRIGHT, Walter A. (dir.); AIELLO DE ALMEIDA, María Alba; ALMEIDA, Mario de (coord.). *Abordaje de conflictos*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 223.

[297] Rodríguez destaca a insuficiência do pensamento de Descartes: "Estudos revelam a falsidade em primeiro lugar, de se conceber a existência de um *local cerebral integrativo*, uma área do cérebro em que se juntariam as informações advindas do corpo, para então projetar a realidade, com a mescla de imagem, som, olfato, tato, como em um grande palco ou tela de cinema, que Dennett, para negar sua existência, denominou *cartesian theater*, o teatro cartesiano. O sistema cerebral processa várias informações distintas, e não há qualquer local em que elas se recomponham todas, onde se possa projetar esse *Eu* decisor, senão como mera ilusão. Os estudos do cérebro já permitem mapear áreas do córtex responsáveis cada uma por um comportamento específico, e nenhuma delas que concentre todas as demais, o que, para alguns, é um mistério que ainda permanece: a, como diz Singer, intricada pergunta de como todos os processos de assimilação que se produzem simultaneamente nas distintas áreas do córtex cerebral podem coordenar-se. Mas há pesquisas que indicam, se não um *teatro cartesiano*, um centro coordenador de vontade. É o caso dos experimentos de Henrik Walter, que, a partir dos estudos com pessoas com lesão no córtex cerebral, comprovaram que essa parte do órgão, especialmente o denominado córtex prefrontal, é responsável pelas decisões. [...] pode surgir uma dupla interpretação: a primeira delas, a de que exista um *eu* volitivo no indivíduo, de caráter absolutamente imaterial, que somente se utiliza dos neurônios para 'informar-se sobre o mundo' e então retirar dessas informações suas decisões independentes. Outra corrente parte da ideia de que as decisões livres são tomadas pelo cérebro,

segunda é impeditiva da tomada de boas decisões. Para Descartes, a razão é fonte única do conhecimento verdadeiro. Tais pressupostos levaram à elaboração de modelos de tomada de decisão focados em modelos formais pautados em dados objetivos, à formulação e avaliação de múltiplos fatores antes da tomada de decisões. Por exemplo, a teoria dos jogos utiliza modelos matemáticos para estudar como as pessoas negociam para alcançar seus objetivos.

Fischer, Ury e Pattan sustentam que cada negociador é uma pessoa racional, capaz de analisar várias opções e eleger a que maximiza os benefícios próprios – separar as pessoas dos problemas. A base desse princípio é não ser possível obter um acordo mutuamente benéfico se as partes tomam decisões de maneira emocional. Por tal razão, no começo da negociação, os temas emocionais devem ser enfrentados, para tentar resolvê-los e separá-los da tomada de decisão. O pano de fundo dessa teoria é que a separação das emoções da razão é necessária para a obtenção de um acordo mutuamente benéfico.[298]

Porém, estudos modernos demonstram que algumas decisões ocorrem de modo inconsciente e automático, especialmente no tocante a evitar o perigo e garantir a sobrevivência de uma pessoa. Tais decisões são tomadas pelo cérebro emocional (sistema límbico) e o cérebro réptil, em conjunto com o córtex cerebral. Da mesma forma que o excesso de emoções pode prejudicar a tomada de decisões, a falta delas também não permite que sejam tomadas. Para Damásio, as emoções são "um componente integral do mecanismo da razão".[299]

Nanes e Niro sustentam que as evidências científicas demonstram que decidimos basicamente com emoções, pois "dependem que uma região cerebral emerja vitoriosa", pois "a velocidade dos eventos que nos sucedem faz com que não exista tempo para racionalizar os prós e contras de cada decisão"[300]. Isso se dá em razão do fato de serem os processos

---

porém, por razões misteriosas, os processos em que são baseadas estariam acima daqueles que deterministicamente se encontram nos neurônios. Há, portanto, interação entre cérebro e corpo no processo decisório – afastam a possibilidade de existência de um controle externo, não físico e, por assim dizer, impossível de se mapear e rastrear de um processo de decisão." (RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal*: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 31-33).

[298] FISHER, Roger; URY, William; PATTON. Bruce. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução: Ricardo Vasques Vieira. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014. p. 37-39.

[299] DAMÁSIO, António Rosa. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução: Dora Vicente, Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. XII.

[300] NANES, Fecundo; NIRO, Mateo. *Usar el cerebro*: conocer nuestra mente para vivir mejor. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2014. p. 231. Nossa tradução.

intuitivos mais rápidos do que os processos controlados. A reflexão com base em uma variedade mais ampla de informações pode mudar os julgamentos iniciais.

Existem situações, como o temor, ira ou estresse intenso, em que a amídala pode inundar o córtex pré-frontal com hormônios, como o cortisol e adrenalina, incapacitando-o (fenômeno do "sequestro emocional"). Tal fenômeno causa reações como lutar, fugir, congelar, ocasião em que o cérebro emocional e o cérebro réptil assumem o controle. Tais decisões são adequadas se a vida da pessoa está em risco, mas não em questões complexas e difíceis, gerando consequências negativas dessa conduta. A pessoa exposta a contínuos "sequestros emocionais" pode ter danos físicos.

O hipocampo está relacionado com a criação, interpretação e recuperação de memórias. O hipocampo recorda os fatos de uma memória e a amídala recorda a emoção associada aos fatos. No dizer de Goleman, "o hipocampo é essencial para reconhecer um rosto como o de sua prima. Porém é a amídala que agrega que você não gosta dela".[301]

A análise das memórias fortes envolve o estudo da interação entre o hipocampo e a amídala. Uma festa de bodas de prata pode gerar memória agradável, sendo extremamente fácil recuperar a memória relacionada a ela (*v.g.* visita ao local da festa). Porém, o mesmo raciocínio se aplica a uma experiência traumática, que pode se perpetuar com o decurso do tempo. Podem ser associados gatilhos (local, música, cheiro) que resgatam a memória desse evento e, por conseguinte, as emoções negativas causadas pelo evento traumático.

Cabe ainda mencionar a questão relacionada ao fenômeno dos "neurônios espelhos" que, grosso modo, significa que uma risada pode contagiar o ânimo das pessoas ao seu redor, assim como uma expressão facial que redunde em um sentimento profundo de tristeza pode inundar os presentes com o mesmo sentimento. A amídala é a responsável pela capacidade empática dos indivíduos e, quanto maior o seu tamanho, maior será a capacidade de "sentir a dor do outro". A Bíblia, em *Coríntios I*, 13,12, alerta que nós não vemos as coisas *senão por espelhos* obscuramente. A esse respeito, esclarece Herrera Moreno: "[...] Rizzolatti, com sua equipe, nos idos de 1996, descobriu o mecanismo dos neurônios-espelhos, espelhamento

[301] GOLEMAN, Daniel. *Emotional intelligence*. Nueva York: Bantam Books, 1995. p. 20.

transcendental que descarrega, na própria mente, a agitação, física ou espiritual visualizada no outro."[302]

A conscientização dos operadores jurídicos sobre a importância das emoções na tomada de decisões é fundamental, uma vez que se exige desses profissionais, no século XXI, que não apenas efetuem juízo de subsunção de determinado fato a uma consequência jurídica estática e predeterminada, mas que identifique situações de sequestro emocional, em que as partes ou membros da comunidade se encontrem, propondo pausas (*breaks*) ou reformulações positivas dos sentimentos, por meio das técnicas da mediação ou outras práticas restaurativas. Isso implica reconhecer a restaurabilidade do injusto penal, devendo-se criar condições para que isso ocorra. Por exemplo, o enfrentamento das emoções e repercussões causadas pela prática delitiva à vítima permite que o ofensor comece a desenvolva sua empatia, uma vez que, consoante assinalado, a ausência ou pequena capacidade empática está relacionada aos estímulos do meio ambiente. A oitiva, pela vítima, dos motivos pelos quais o delito foi praticado pode auxiliar em seu processo de cura do trauma adquirido em razão da prática delitiva.

Na perspectiva da vítima, a correlação entre os estudos da neurociência e o uso desses instrumentos na formação da resiliência é fundamental. Ainda que a cura propriamente dita possa não ser obtida, pois depende do tipo de trauma causado e o momento em que os participantes estejam na exploração dos valores verdade[303], misericórdia[304], justiça[305] e paz[306] e reconciliação[307], o *caminho* a ser percorrido poderá ser muito menos tortuoso. No mínimo, o operador jurídico possui a obrigação de não agravar as consequências advindas da prática de uma infração penal, qualquer que seja a posição que ocupe em procedimentos restaurativos ou judiciais (juiz, promotor de justiça, advogado, mediador, auxiliar da justiça etc.). O respeito ao ser humano possibilita que as vítimas possam reconstruir suas próprias histórias, passando da condição de vítimas a sobreviventes. Em outras palavras, não se apaga o evento traumático

[302] HERRERA MORENO, Myriam (dir.). *La víctima en sus espejos*: variaciones sobre víctima y cultura. Barcelona: Bosch, 2018. p. 36. (Colección Humanismo y Criminología).
[303] Análise das situações que trouxeram luto e pesar, para que se possa aceitar o que aconteceu, dissociado da responsabilidade.
[304] Reflexão sobre a humanidade e falibilidade do ser humano. Nesta fase, é possível a tentativa de aproximação das partes.
[305] Refere-se à equidade e à forma como se lida com as injustiças diárias.
[306] Possibilidade de interação social por meio de uma comunicação não violenta.
[307] Resulta da somatória dos valores verdade, misericórdia, justiça e paz. O encontro com o passado traumático possibilita a construção de um futuro restaurador e permanente.

de que foi acometida, mas integra de forma saudável o ocorrido em sua própria história, possibilitando o desenvolvimento de suas potencialidades para o futuro.

A importância do estudo da resiliência do cérebro pode ser comprovada pelos sobreviventes de lesões cerebrais adquiridas (ABIs). Alford destaca que o sobrevivente que costumava ter explosões comportamentais frequentes, após ser submetido à reabilitação, pode apresentar comportamento calmo e concentrado.[308]

Feitas essas considerações introdutórias, constata-se que desde a prática do injusto penal, o alívio do sofrimento causado pela memória do trauma causado, com a consequente cessação do ciclo de violência, é possível com a conjugação de esforços da vítima, ofensor e comunidade. Nesse sentido, o injusto penal passa a ser considerado injusto restaurável, fim a ser perseguido pelo Estado, sociedade e indivíduos que a compõem.

Para esse fim, os operadores jurídicos envolvidos na restauração do injusto penal precisam ter noções básicas do mecanismo de funcionamento do cérebro, suas habilidades de recuperação, bem como expressá-las aos participantes da forma mais clara possível, em linguagem compreensível. Como a organização do cérebro é extremamente complexa, deve-se ter em conta que a intervenção no evento traumático é um processo contínuo e que demanda tempo, a fim de possibilitar a reabilitação da vítima e ofensor, tendo por finalidade última a reconciliação deles com a sociedade. Cabe ao facilitador fornecer o máximo de informação possível durante os procedimentos de mediação penal, estratégias para conscientização em traumas e resiliência (STAR) e outras práticas restaurativas, bem como preparar os indivíduos para serem reintegrados na sociedade. A esse respeito, Rodríguez esclarece:

> Dois são os problemas principais que demandam essa atualização de resposta. Primeiro, a evolução tecnológica das neurociências, cujos estudos possibilitam mapear o cérebro e demais órgãos em que se processam as tomadas de decisão do indivíduo, de maneira detalhada ao extremo. Desse mapeamento, substancialmente muito diverso das técnicas de décadas anteriores, derivam dúvidas, como a existência ou extensão da liberdade de querer, ou mesmo a possibilidade de 'cura' real de comportamentos criminosos por intervenção cirúrgica ou medicamentosa. [...] Segundo problema que demanda atualizar a reflexão sobre o livre arbítrio é o próprio encaminhamento da dogmática penal. As propostas funcionalistas e, especialmente, o normativismo ao qual se direciona a dogmática mais influente no meio nacional procura desconsiderar a liberdade de querer, com argumentos bastante persuasivos. Entretanto, a nós incomoda que a problemática da *Willensfreiheit*, tão

[308] ALFORD, Fred C. PTSD is a culturally bound concept. *In*: ALFORD, Fred C. *Trauma, culture, and PTSD*. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 17. *E-book.*

> nuclear da metafísica, seja adrede dispensada da atribuição de responsabilidade, ausente um debate mais amplo. Nossa posição, antes mesmo de iniciar a pesquisa, foi de que o tema, ainda que por questão puramente metodológica, mereceria a atenção dos penalistas, em grau, no mínimo, equivalente a outros problemas que são reiteradamente revisitados.[309]

A adoção de precauções mínimas pelos operadores do direito, como a preparação do ambiente em que a prática restaurativa será realizada, poderá influenciar no seu êxito, uma vez que o cérebro humano pode ser direcionado, por exemplo, por impulsos luminosos; enfatizar os aspectos positivos do trabalho desenvolvido está relacionado à questão da recompensa e motivação dos envolvidos; os valores verdade, misericórdia, justiça e paz estão relacionados a eventual depressão de qualquer das partes e sua habilidade de interação social, possibilitando o contínuo *enhancement* dos indivíduos enquanto pessoas e seres sociais.

3.3 Risco vitimizatório *v.* risco delinquencial

Não existe um único modelo de justiça restaurativa, mas práticas que contam com maior ou menor êxito, de acordo com as particularidades de cada sociedade em que é aplicada.

No Brasil, verifica-se a ausência de verdadeira conexão entre os cidadãos, pois não se fomenta o desenvolvimento do sentimento de pertencimento a determinada comunidade (escolar, religiosa, familiar, vizinhança etc.), ao passo que nos países com maior desenvolvimento de práticas restaurativas, via de regra de origem anglo-saxônica, tal conceito faz parte da rotina diária de seus cidadãos. Por conseguinte, é possível concluir que existem

---

[309] RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Livre arbítrio e direito penal*: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática, cit., p. 24. Prossegue o autor, com fundamento nos estudos de Libet: "[...] as livres decisões são precedidas de uma alteração elétrica específica no cérebro, 550 microsegundos antes da ação, e cerca de 200 microssegundos antes da própria tomada de consciência de que se deseja agir. Tempo mais que bastante, portanto, para seguir afirmando que o processo de decisão pelo movimento é anterior à consciência – ou seja, é inconsciente. Porém, nesse novo estudo, que aparece mais de década e meia depois de sua primeira versão, Libet concede maior ênfase à conjectura do cérebro do *veto* da ação: o cérebro realmente prepara-se para *agir antes* portanto, da tomada de consciência, porém existe a possibilidade do indivíduo *posteriormente* recusar, de modo consciente, aquela ação anterior e inconscientemente iniciada. Se isso acontece, sustenta o pesquisador, permanece a comprovação do livre arbítrio, já que a tomada de consciência da ação concede a oportunidade de o indivíduo vetar o processo já em curso [...] *nós*, não sujeitos da pesquisa sempre experimentamos experiências de veto; especialmente quando somos lançados a uma ação de consequências sociais inaceitáveis. Evidentemente essa ressalva recupera toda a capacidade de o indivíduo decidir seus próprios atos [...] a reinterpretação de Libet é utilizada como baluarte daqueles que defendem a liberdade de ação, os não-deterministas." (Ibidem, p. 25-26). Prossegue o autor, mencionando o trabalho de Haynes de 2008, que repetiu a experiência de Libet, concluindo que "os neurônios decidem muito antes de o sujeito ter consciência de seu processo de escolha [...] mapear o *momento* da decisão e não *qual* será ela exatamente, o que poderá indicar que o cérebro simplesmente se prepara porque sabe que terá que decidir, mas isso não atingiria seu momento decisório (seu resultado) em si mesmo." (Ibidem, p. 30).

sociedades mais ou menos aptas para solucionar suas próprias demandas sem a necessidade de intervenção estatal.

O desenvolvimento de técnicas preventivas à vitimização, com enfoque no bem-estar da comunidade, se coloca como estratégia no combate ao ciclo de violência em nossa sociedade (prevenção primária). Inexistindo sentimento de comunidade, não há identificação adequada de coletivos vulneráveis, o que permite a proliferação de delitos, como o tráfico interno e externo de pessoas, a prática de roubos por pessoas viciadas em drogas etc. (prevenção à vitimização secundária).

Do mesmo modo, inexiste uma política pública de apoio e proteção às vítimas de crimes, banalizando-se a violência, já que o Estado é incapaz de chamar para si todas as demandas sociais e de saúde pública advindas da negligência com as etapas precedentes, contentando-se com a verdade formal processual (prevenção à vitimização terciária).

As estratégias de prevenção à vitimização primária, secundária e terciária propiciam a pacificação social, partindo de um sistema integral de direito penal (delito, punibilidade e aplicação da pena). A criação de espaço dialógico na sociedade impede políticas criminais imediatistas e desconectadas das reais necessidades das comunidades que compõem o todo social.

A vitimização delitiva pode ser analisada a partir de três perspectivas básicas: a vulnerabilidade pessoal das vítimas, suas carências sociais e sua exposição ao delito. Illescas atribui a esse fenômeno a expressão modelo do *triplo risco vitimógeno* (TRV), em complementariedade à estrutura especular do *triplo risco delitivo* (TRD). Pelo modelo do TRD, o comportamento criminal abrange: riscos pessoais (*v.g.* elevada impulsividade, valores antissociais, baixa empatia); carências de apoio pró-social (*v.g.* baixa supervisão, abandono escolar, amigos delinquentes) e exposição reiterada a situações de oportunidade delitiva (*v.g.* passar muito rápido na rua, fácil acesso a dinheiro e valores desprotegidos). Para Illescas:

> A tese central dessa teoria é que quando riscos procedentes de diversas fontes convergem no mesmo indivíduo, se exarcebam reciprocamente, produzindo-se então um efeito criminógeno incrementado. É dizer, ainda que um fator de risco isolado (como alta impulsividade, falta de supervisão ou exposição de um sujeito a oportunidades delitivas) não tem porque ter *per se* uma grande influência delitiva, a confluência entre riscos diversos potencializará as carreiras delitivas.[310]

[310] REDONDO ILLESCAS, Santiago. Prólogo. Al otro lado del espejo del delito, desde los agresores a las víctimas. *In*: HERRERA MORENO, Myriam (dir.). *La víctima en sus espejos*: variaciones sobre víctima y cultura. Barcelona: Bosch, 2018. p. 30. Nossa tradução.

Illescas destaca que, ao lado do TRD, simetricamente é possível afirmar que também existe o TRV, ou triplicidade dos espelhos pelos quais se pode olhar a vitimização, como as características e vulnerabilidades das próprias vítimas, suas carências sociais e sua maior exposição ao delito.[311]

O triplo risco delitivo (riscos pessoais, carências, exposição) atua de forma refletida, tanto para o fenômeno vitimizatório, quanto para o fenômeno da delinquência, sendo faces refletidas de uma mesma imagem (espelhos). Assim, evita-se o equívoco conceitual de focar a atenção apenas na vítima ou no vitimário, fomentando-se uma relação de solidariedade, inclusão e empatia.

A integração da categoria do injusto penal culpável restaurável implica o reconhecimento de que as técnicas empreendidas na esfera privada são inadequadas para o desenvolvimento de prática penal de efetiva restauração do delito praticado. A inadequação se revela pela assimetria moral dos envolvidos, a lesão de bens jurídicos protegidos para a nossa convivência e paz social, a ausência de integração dos elementos psíquicos das pessoas envolvidas, que influenciam a tomada de decisões futuras (grau de vitimização), e a presença de outras pessoas atingidas pela prática delitiva (vítimas indiretas e coletivas). Seu foco no futuro impede que as pessoas se apropriem de seu presente e se tornem verdadeiras protagonistas de transformações sociais duradouras. A prática de um ato de terrorismo, por exemplo, demanda resposta social que ultrapassa a mera imposição e cumprimento de penas, o que perpassa pela aprovação do Projeto de Lei n. 11.007/2018, no qual são estabelecidos instrumentos preventivos, repressivos e restauradores à sua prática.

A Declaração de 2002 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas define "programa de justiça restaurativa" como "qualquer programa que utilize processos restaurativos para atingir os objetivos da justiça restaurativa". Por sua vez, conceitua processos restaurativos como toda forma de processo no qual a vítima e o ofensor, e quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, com a ajuda de um facilitador. Nos termos da citada Declaração, os processos restaurativos podem incluir mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). Busca-se atender às necessidades individuais e coletivas, e levar responsabilidade às partes do conflito penal (vítima, vitimário e quaisquer indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime), promovendo-se a reintegração da vítima e do ofensor.[312]

---

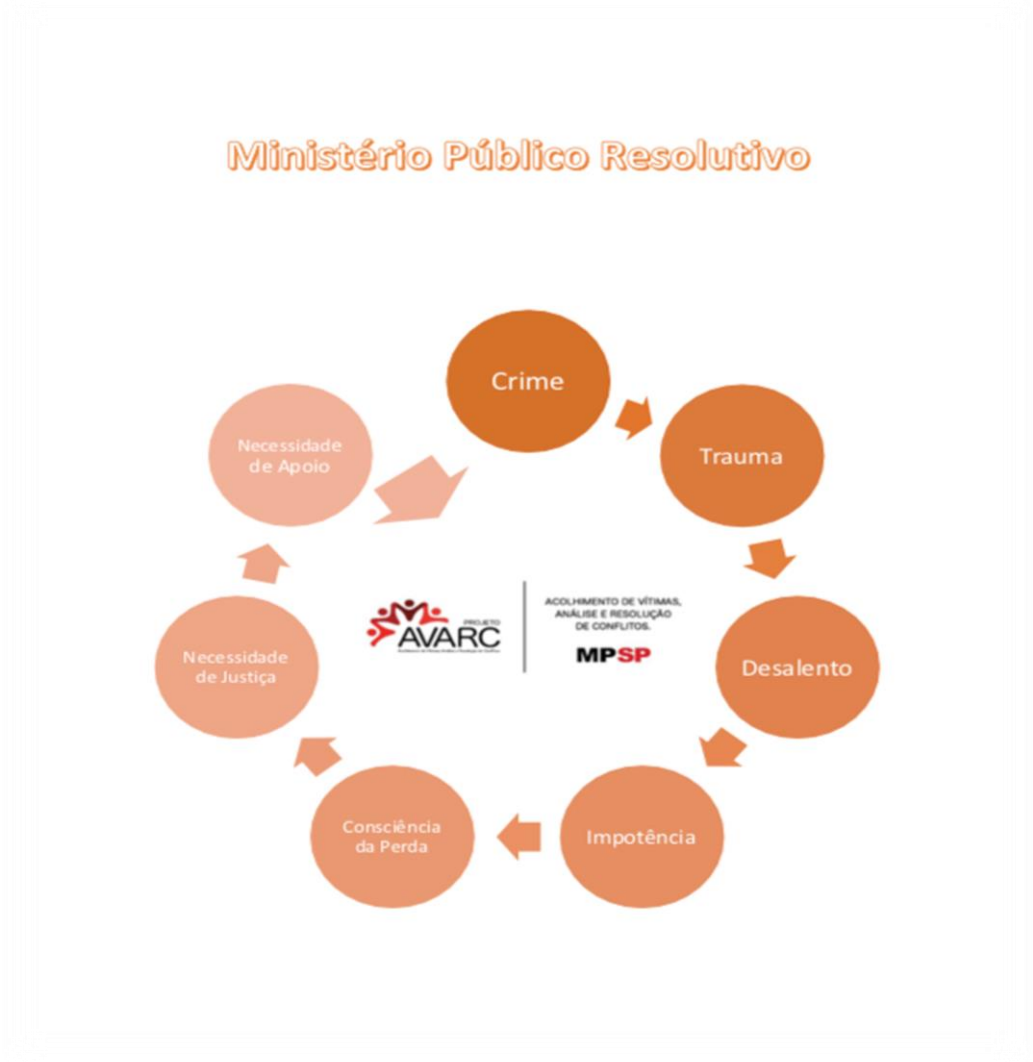
[311] REDONDO ILLESCAS, Santiago. Prólogo. Al otro lado del espejo del delito, desde los agresores a las víctimas, *in*. *La víctima en sus espejos*: variaciones sobre víctima y cultura. p. 31.

[312] UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (ECOSOC), *Basic principles on the use of restorative justice programs in criminal matters*, cit., itens I.1 e I.2; ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano.

Já para o artigo 13 da Resolução 118 de 2014 (Seção IV do Capítulo III), as práticas restaurativas visam à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.[313]

O Projeto AVARC tem implementado, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, práticas que envolvem atuações preventivas primárias e secundárias à vitimização. No âmbito da atuação preventiva terciária, a atuação é focada nos direitos das vítimas (informação, participação, proteção, indenização, saúde e assistência), a responsabilização do ofensor (extrajudicialmente ou após o devido processo penal) e, sempre que possível, há participação da comunidade afetada.

Figura 4 – Injusto penal restaurável e Projeto AVARC



Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 239.

[313] Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf. Acesso em: 01 nov. 2019

Estabelecidas essas premissas, cumpre mencionar as práticas restaurativas que contam com amplo desenvolvimento na atualidade.

3.4 Modelos restaurativos

3.4.1 *Family group conferences* (FGC)

A *family group conferences* (FGC), também denominada *community group conference* ou *community accontability conference*, foi introduzida na Nova Zelândia em função de grave crise familiar ocorrida na década de 80, pois indivíduos de várias minorias, como maoris, foram transferidos para instituições estatais. Foi constatado que o modelo retributivo se revelou ineficaz para o combate à prática de crimes, pois embora a Nova Zelândia ostentasse uma das maiores taxas de encarceramento do mundo, não houve mudança na taxa de criminalidade.[314]

Na visão apresentada pelos maoris, os indígenas estavam sendo vítimas de racismo institucional, pois o Estado violava sua identidade cultural, ao desconsiderar suas leis, religião, valores e tradições, pilares institucionais da civilização indígena. Destacaram que a busca do "por que" o delito foi praticado integra a sua solução. Propuseram que na solução dos crimes, especialmente os praticados por jovens, fosse aplicado o provérbio aborígene "deixe a vergonha ser a punição", sem prejuízo de métodos que propiciassem a cura da vítima e a tomada de decisão.

A FGC foi instituída na Nova Zelândia em 1989 e é usada como método primário para a tomada de decisões em questões afetas à proteção da infância, disciplina escolar e justiça criminal de adultos e jovens[315]. Na justiça criminal, o êxito obtido em todo o mundo é relativo ao sistema penal de menores, embora se admita na Nova Zelândia a aplicação para maiores que cometam crimes, inclusive no caso de crimes graves como estupro, excetuando-se apenas os crimes de homicídio doloso e culposo[316]. Miguel Barrio destaca que a FGC não é modelo complementar ao sistema de justiça, mas seu eixo principal.[317]

---

[314] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 121.
[315] Ibidem, p. 121-125.
[316] Ibidem, p. 121-135.
[317] Ibidem, p. 121-135.

A *conferencing* representa a união de práticas maoris com as práticas de justiça surgidas no momento, amoldando-se às necessidades e interesses dos participantes. A sociedade neozelandesa participa da construção das conferências, aportando sua cultura e ideias de "justiça", para a obtenção de uma decisão capaz de abranger as circunstâncias de cada prática delitiva.[318]

A FGC pode ser conceituada como um tipo de procedimento de tomada de decisões que envolve um encontro face a face entre ofensor, sua família, as vítimas e suas pessoas de apoio, um representante da polícia e, se o caso requerer, outras pessoas[319]. Em outras palavras, temos os intervenientes que funcionam como pessoas de apoio à vítima e ao infrator (delegação de poder à família e a amigos), a autoridade policial, pessoas ligadas ao menor infrator e aqueles que possam ter interesse na resolução do conflito. Ao final, é elaborado um *plano de recuperação*, que depende da anuência unânime de todos os participantes da conferência. A FGC é composta de três fases: *preparatória* (abrange a análise de sua viabilidade e adequação da medida); *encontro* (menores e advogados, a vítima, quando decidir participar, a autoridade policial, o coordenador da Justiça de Menores e, se for o caso, o Youth and Family Service e assistentes sociais); e o *acompanhamento* (abrange o cumprimento e acompanhamento do plano de reparação).

A experiência neozelandesa foi adaptada em diversos países, tais como a Austrália[320], Irlanda do Norte[321], África do Sul[322], Noruega[323] e Bélgica, tendo sido considerada uma das práticas mais exitosas de justiça restaurativa, especialmente no tocante aos menores de idade.

---

[318] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 121-135.

[319] Ibidem, p. 121-135.

[320] A ferramenta foi desenvolvida pela polícia por meio do *Conferencing Wagga Model*, sendo conhecido como Wagga Wagga por ser a cidade pela qual a prática se difundiu pelos Estados australianos. A autoridade policial atua em conjunto com facilitador que possui papel limitado. Sua prática se destina à *conferencing* de adultos e menores. Foi inspirado nas reivindicações que a comunidade indígena Torres Srait Islander estava sofrendo sob a alegação de que constituíam 2,5% da população australiana e 24,5% da população penitenciária. Possui âmbito de aplicação limitado em razão da crença australiana de que o método só seria aplicável a delitos leves. O modelo possui maior êxito no âmbito da infância e da juventude (MIGUEL BARRIO, Rodrigo, op. cit., p. 132-136).

[321] Resulta de um processo de paz instaurado em razão dos problemas religiosos políticos do século passado, pois a violência já tinha levado à prática de atos terroristas, guerrilhas, conflito étnico ou guerra civil. O *conferencing* foi introduzido no interior do sistema de justiça penal como uma prática complementar para a resolução de conflitos. Em 24 de julho de 2002 foi promulgado o Criminal Justice (Northern Island) Act, que prevê sua aplicação no âmbito da justiça penal de menores. De forma diversa da Irlanda, o procedimento tem início com o depoimento policial e, se o adolescente discorda de forma substancial deles, entende-se que não está assumindo sua responsabilidade (MIGUEL BARRIO, Rodrigo, op. cit., p.137-143).

[322] Aplica-se a resolução de conflitos penais, superando a concepção do infrator como eixo central do sistema penal. Visa revitalizar o sistema de justiça e se baseiam no diálogo e consenso que se encontra acima da visão retributiva clássica (MIGUEL BARRIO, Rodrigo, op. cit., p. 154-155).

[323] O modelo de *conferencing* é realizado por meio do serviço Konfliktradet e abrange tanto mediação como conferências. A iniciativa se destina a causas penais, isto é, a mediação penal, mediação civil e as conferências

Cumpre destacar a experiência belga (sistema HERGO), que segue o modelo de *conferencing* com duas modificações básicas. A primeira se refere à proibição de participação de advogados durante a fase de negociação, com o fim de evitar o desvirtuamento do procedimento. A segunda diz respeito à modificação do papel da autoridade policial, que inclusive deve abandonar o procedimento, caso sejam expostas provas prejudiciais ao menor no futuro. Por fim, o representante da sociedade na Bélgica é o Ministério Público, detendo todas as prerrogativas que eram outorgadas à autoridade policial no sistema neozelandês. O sistema belga é focado na reparação, ressocialização da vítima e infrator, e obtenção de paz social na comunidade atingida pela prática delitiva.[324]

O modelo belga é o que mais se aproxima à proposta deste trabalho, uma vez que tem por objetivo primário a prática de delitos penais por adultos, estabelecendo o Ministério Público como representante da sociedade e, portanto, responsável pela preparação, desenvolvimento e acompanhamento do plano de restauração acordado entre as partes. Nada impede, consoante já sublinhado, que, no caso de ofensa a bens jurídicos coletivos, possam funcionar como representantes comunitários também os legitimados pelo artigo 5° da Lei n. 7.347/85 e, em interpretação extensiva, os coletivos de vítimas, ainda que despersonalizados, desde que comprovem sua existência há mais de um ano (*v.g.* registro do grupo no *facebook*, *instagram* e outras formas de comprovar sua existência em uma sociedade de redes).

Tal constatação pode ser auferida pelo fato de a Bélgica ser um país de tradição romano-germânica (sistema de *civil law*), pela qual vigora o princípio constitucional da legalidade, o que naturalmente diminui o espaço de discricionariedade da autoridade policial. Shapland, Crawford, Gray e Burn destacam:

> [...] a exigência de que a justiça restaurativa envolva várias partes, tanto no processo de deliberação quanto na determinação de resultados, pode entrar em conflito com o papel centralizado no Estado, bastante rígido e focado das autoridades legais nas tradições do direito civil. Como consequência, observou-se que: "À primeira vista, a justiça restaurativa parece prosperar mais facilmente em regimes de direito comum

---

familiares em grupo e a mediação em grupo. Abrange tanto delitos leves como graves, sendo que a maior parte dos casos dizem respeito a roubo, furto e *bullying*. Não existem obstáculos para o uso da técnica para casos de homicídios dolosos, delitos sexuais e violência de gênero. A respeito da violência de gênero, o Ministério da Justiça em 2010 iniciou projeto visando a fomentar a sua utilização. Cerca de 50% dos delinquentes atendidos pelos serviços são adultos e 50% são menores, dos quais 70% são homens e 30% são mulheres. As partes realizam acordo de reparação que se submete ao crivo do mediador ou facilitador nas causas penais; 95% dos acordos realizados são cumpridos (MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 151-153).

[324] Ibidem, p. 145-149.

> do que em regimes de direito civil" (Put *et al*. 2012: 85). A aparente falta de flexibilidade e, portanto, espaço para a solução criativa de problemas nas jurisdições de direito civil, é menos evidente no sistema juvenil, onde as autoridades legais são menos vinculadas por imperativos como proporcionalidade.[325]

A FGC constitui prática restaurativa que não encontra maiores restrições à implementação pelo sistema jurídico brasileiro. No âmbito socioeducativo, é passível de utilização no Brasil, uma vez que o sistema de proteção ao adolescente infrator da Lei n. 8.069/90 prevê que a sua finalidade é pedagógica. De outra parte, no sistema penal, como já discorremos neste trabalho, as limitações ao seu uso são dadas pela própria Constituição, que estabelece como meta a resolução consensual de conflitos, com exceção dos casos em que não se prescinde de medidas punitivas, tais como as previstas na Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90). Desse modo, a pena privativa de liberdade atuaria com cláusula de reserva para a grande maioria dos crimes, caso impossibilitada a adoção de plano restaurador da infração penal praticada que permita a cura da vítima, a reinserção social do delinquente, a restauração dos efeitos danosos à comunidade e a reparação do dano causado à vítima.

3.4.2 A *conferencing* e a violência de gênero

O êxito no emprego da técnica de *conferencing* tem suscitado a possibilidade de sua utilização nos casos de violência de gênero, em que o homem, por se considerar superior, imprime à mulher maus-tratos físicos, psicológicos, morais, sexuais e patrimoniais.

No Reino Unido, Nova Zelândia e Estados Unidos, têm sido usadas com êxito práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica e familiar. No Reino Unido, foi implementado o projeto *Daybreak FCG Dove Project*, nos anos de 2001 a 2008. Visava a apoiar a mulher vítima de violência doméstica e também aqueles que sofreram seus efeitos e fossem vulneráveis, tais como menores e adultos vulneráveis por razão de idade e enfermidade.[326]

A prática da Nova Zelândia tem por finalidade a cura da mulher que sofreu violência machista, bem como dos menores que sentiram os efeitos desses abusos e atos violentos. O

---

[325] SHAPLAND, Joanna; CRAWFORD, Adam; GRAY, Emily; BURN, Daniel. *Learning lessons from Belgium and Northern Ireland*. Sheffield: Centre for Criminological Research, University of Sheffield, 2017. (Occasional Paper 6). Disponível em: https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.714948!/file/Comparative-report-publication.pdf. Acesso em 08 nov. 2019.

[326] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 156-158.

procedimento restaurativo permite a expressão ativa dos intervenientes; nele lhes são dadas a palavra e a capacidade de solucionar os conflitos com foco em suas próprias necessidades, obtendo-se, por conseguinte, a paz social.

Nos Estados Unidos foi desenvolvida em Duluth, Minnesota, nos anos oitenta, tendo sido efetuados diversos estudos de modelos de conferências, com o escopo de agir sobre as atitudes psicoeducativas do infrator. A intervenção teve por finalidade modificar a ideologia machista, baseada no controle do poder sobre a mulher. O Programa *Duluth Domestic Abuse Intervention Project* submeteu os ofensores a diversos programas de intervenção (denominados *battered intervention programs*) por meio do Poder Judiciário e da polícia. A finalidade dos programas foi atribuir aos vitimários responsabilidade de fornecer apoio às vítimas.[327]

Assim, são as conferências um instrumento restaurativo com capacidade de resolver as situações derivadas da violência de gênero. O apoio aos membros próximos à vítima possibilita a ruptura do jugo do agressor sobre sua vítima, ajudando-a a se libertar das correntes de opressão física e psicológica, com o auxílio de parte da comunidade.

Da mesma forma, a prática de conferências nesse tipo de delito supõe um amparo aos filhos e filhas, que vão se beneficiar do apoio comunitário para a superação dos efeitos nocivos de uma violência exercida contra sua mãe e sua não utilização como instrumento e "arma" emocional por parte do agressor.

As experiências que aplicam a *conferencing* a casos de violência de gênero conduzem à reflexão do real sentido e alcance da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006). Ao tratar do procedimento, foi estabelecida nos seus artigos 13 e 14 a competência cumulativa para o processo, julgamento e execução de causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar, inclusive com determinação de aplicação do CPP, do CPC e das Leis ns. 8.060/90 e 10.741/2003, exceto quando sua aplicação estiver em contradição com os objetivos da Lei.

[327] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 156-158.

Da análise sistemática da Lei Maria da Penha, a única vedação ao emprego de ferramentas restaurativas consistiria no uso da transação e da suspensão condicional do processo, consoante previsão do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006. Na qualidade de *dominus litis* da ação penal, nada impede a criação de projetos pelo Ministério Público que contemplem a aplicação de *conferencing*, que deverá abranger a proteção da mulher vítima de violência, seja ela própria vulnerável, da prole (interesse superior da criança e do adolescente) e do idoso.

Tal acepção implica em visão mais abrangente de tratar o fenômeno delitivo e vitimizatório, pois o objetivo da Lei é não apenas erradicar a violência doméstica, mas também a *violência familiar*, protegendo simultaneamente a vítima direta (mulher – esposa, filha, neta etc.) e as vítimas indiretas do delito (filhos que presenciam diariamente ofensas ou relações de poder desequilibradas entre marido e mulher tendem a reproduzir esse comportamento no futuro; avós que residem com os filhos e são eles próprios objeto de violência familiar ou a presenciam, o que lhes acarreta intenso sofrimento). Portanto, a competência cumulativa para causas penais, cíveis, da infância e do idoso não foram dispostas aleatoriamente no microssistema de proteção à violência doméstica e familiar, devendo ser criadas ferramentas que possibilitem sua integral aplicação.

Portanto poderia ser elaborado *plano de restauração da entidade familiar*, com previsão de acompanhamento da vítima e ofensor, bem como estabelecimento de obrigações ao ofensor, tal como o dever de reparar os danos causados pela prática delitiva, *de lege ferenda* às Resoluções 181 e 183 do CNMP, que não permitem a realização de acordos de não persecução penal nos casos de violência de gênero, quiçá de imposição negociada de pena, instrumentos que já foram objeto de extensa análise nos capítulos precedentes.

A vedação estabelecida pela Lei Maria da Penha, ao revés, se limita a impedir que o Ministério Público, ignorando os interesses e necessidades da vítima, proponha transação penal como forma extintiva da punibilidade. Nada estabelece a respeito da FGC, que além de ampla fase preparatória, terá o resultado do plano restaurador avaliado pelo *Parquet*, sem prejuízo do acompanhamento do cumprimento dele. Da mesma forma, o ofensor não poderá ter sua responsabilidade sobrestada mediante o preenchimento das condições do parágrafo 1° do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

O legislador procedeu com acerto ao estabelecer ditas vedações, pois nos institutos despenalizadores previstos pela Lei n. 9.099/95, o vitimário não assume a responsabilidade pelos seus atos, o que vai de encontro à própria finalidade da FGC e outros instrumentos restaurativos.

Mutatis mutandis, inexiste óbice ao estabelecimento da FGC antes ou depois do processo penal, até para que se dirimam as questões cíveis pertinentes no caso de divórcio ou ruptura da união estável, bem como haja efetiva proteção e apoio aos vulneráveis, que pode ser a própria mulher, a prole ou idosos que convivam com o casal.

Ao impulso inicial punitivo do Estado com a edição da Lei Maria da Penha, há que obtemperar que o efeito reabilitador da pena sobre a vida do apenado é nulo, nada impedindo a reprodução desse comportamento em outras relações. A esse respeito, o parágrafo 3º do artigo 3º da Resolução CNJ n. 128/2011, com a redação dada pela Resolução n. 225/2016, estabelece:

> § 3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.

São muitos os argumentos que permitem defender a tese expendida: a proteção às vítimas, que têm direito a integral restauração dos efeitos danosos impingidos pela prática delitiva; a luta contra a reincidência; a proteção das *vítimas indiretas* da violência, tais como as crianças, adolescentes e idosos, cujos interesses são sistematicamente reconduzidos ao ajuizamento de futuras ações cíveis, revitimizando as vítimas diretas e indiretas da prática delitiva; o direito à saúde e a assistência social das vítimas diretas e indiretas; o direto à participação das vítimas; e o direito à informação, proteção e defesa das vítimas.

A revitimização do ofendido e familiares é inevitável, caso a esfera criminal se limite à mera punição do ofensor, pois terão que novamente depor sobre o ocorrido, sem que nenhum auxílio para a cura tenha sido fornecido pelo Estado, a despeito de sua expressa previsão legal. Assim, inexiste impedimento legal à implementação e desenvolvimento da FGC no âmbito da violência doméstica e familiar, excetuada a prática de delito hediondo, tentado ou consumado (homicídio qualificado; lesão corporal gravíssima ou seguida de morte

contra seu cônjuge, companheiro, parente consanguíneo até o terceiro grau, em razão dessa condição; estupro; estupro de vulnerável; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito).

Portanto, o uso da FGC pode romper o ciclo vitimizatório e encontra plena adequação nos casos de ameaça, lesão corporal leve, crimes contra a honra e crimes de dano. Em todos esses casos, por se tratar de crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada, a conferência pode ser desenvolvida em entidades privadas, detendo o Ministério Público e o Poder Judiciário tão somente poder de veto ao plano de restauração obtido, quando manifestamente insuficiente, em especial quando concorram interesses de pessoas vulneráveis atingidas direta ou indiretamente pela prática da infração penal. A exemplo do modelo neozelandês, seria recomendável a participação da autoridade policial em conjunto com facilitador, a fim de garantir o equilíbrio de poder e a segurança das partes envolvidas.

Veja-se que não se trata de hipótese em que se obriga a mulher a encarar face a face o seu agressor. Ao revés, a FGC pode, por exemplo, ser realizada com pessoa de sua confiança integrando a conferência, com a opção de acompanhar o seu desenvolvimento por meio de monitor, acompanhada por pessoa que a apoie. Durante o seu desenvolvimento, a mulher poderá encaminhar cartas ao agressor registrando seus interesses e necessidades, como, por exemplo, entendendo que o ofensor não está assumindo sua responsabilidade pelo ocorrido, que deseja que ele pague curso de defesa pessoal, modifique seu comportamento em relação a ela e familiares, indenize o dano causado etc. Caso o ofensor não se disponha a participar da FGC ou deseje discutir o mérito das imputações, o processo seguirá o seu curso normal, até final sentença condenatória ou absolutória.

3.4.3 *Circle processes*

Os círculos de paz (*peacemaking circle*), também denominados círculos decisórios (*sentencing circles*), provêm diretamente da tradição do círculo de conversa dos indígenas da América do Norte[328]. Na sociedade contemporânea, os processos circulares vêm sendo usados por pequenos grupos não indígenas há mais de 30 anos, em especial por grupos de

[328] PRANIS, Kay. *The little book of circle processes*: a new/old approach to peacemaking. New York: Good Books, 2005. p. 7.

mulheres[329]. Pranis os define como "uma forma de ser e se relacionar grupalmente que leva ao empoderamento individual e coletivo daquelas pessoas que participam deles".[330]

A participação no *sentencing circle* é franqueada a todos os cidadãos que desejem apoiar vítima e/ou infrator, e tem por escopo a pacificação da sociedade, a restauração do dano causado à vítima e à comunidade, a ressocialização do infrator e a fixação de diretivas para conflitos futuros semelhantes. O guardião do círculo (*circle keeper*) pode ser um facilitador, juiz ou membro respeitado dentro da comunidade. Tem por função incentivar os membros do círculo a se esforçarem para obter a resolução do conflito, aportando ideias e opiniões.

Desde 1990, em Yukon, no Canadá, tem havido um esforço pela utilização dos círculos no sistema de justiça criminal. A violência empreendida contra a cultura aborígene conduziu a um ciclo vicioso de álcool e delinquência, razão pela qual sua implementação é uma tentativa de retorno às origens, visando à reparação emocional, por intermédio do apoio da comunidade.

As partes reunidas em círculo dialogam por meio do "objeto da fala" (*talking piece*), que tem por função marcar qual o sujeito que está com a palavra. O facilitador primeiramente o entrega para a vítima e infrator, seguido pela oitiva de familiares, amigos, profissionais do sistema de justiça, autoridade policial, profissionais de diversos ramos, membros destacados da comunidade, voluntários e representantes de organizações. As perguntas realizadas pelo *circle keeper* à vítima e ao infrator devem ser respeitadas, devendo elas abordar seus sentimentos mais profundos e despertar um sentimento de culpabilidade no infrator. O desenvolvimento do procedimento será livre e prosseguirá até que se obtenha um plano de sentença que ponha fim ao conflito.[331]

Trata-se de importante instrumento preventivo à vitimização secundária, podendo ser utilizado inclusive para delitos graves, com exceção das hipóteses de delitos sobre os quais haja mandados expressos ou implícitos de criminalização, pois nesse caso a via retributiva resulta de clara opção constitucional.

---

[329] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 160.
[330] PRANIS, Kay, *The little book of circle processes*: a new/old approach to peacemaking, cit., p. 11.
[331] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, op. cit., p. 160-215.

Na hipótese de recusa da vítima ou infrator à realização do círculo, não poderão ser extraídas conclusões, pois o valor desse procedimento reside justamente na sua voluntariedade. Cumpre ressaltar que os processos circulares fomentam a participação cidadã, a fim de obter a paz social.

Caberá ao facilitador determinar o número de sessões necessárias, podendo inclusive suspender sua realização, quando constatar que não propiciará a elaboração de plano restaurativo frutífero.

Os processos circulares podem ser divididos em três etapas: um círculo de conformidade com o infrator, para permitir que ele supere sua vida delitiva e se ressocialize; um círculo de cura em favor da vítima, formado por diferentes membros da comunidade, que a ajudem a superar os danos e efeitos causados pelo delito; um círculo de sentença que visa a pôr fim ao conflito.[332]

O círculo de cura[333] em favor da vítima, também denominado painel restaurativo, círculo de paz ou círculo de apoio, visa à obtenção de uma sociedade saudável. Foi implementado na Bélgica sob a denominação "Mais além da sombra do delinquente: assessoramento grupal para vítimas de delitos" e, como resultado, as vítimas puderam superar as consequências nocivas do crime.[334]

Pode ser subdividido em um círculo interno e um círculo externo. O círculo interno deve ser composto por voluntários que acompanham a vítima durante a investigação e o processo penal. Tem por escopo auxiliar a vítima frente à experiência estressante e ajudá-la a se recuperar da experiência traumática[335]. O círculo externo, por sua vez, deve ser composto por profissionais de diversas especialidades, como médicos, operadores do direito e psicólogos, coordenados por um facilitador, tendo o mesmo escopo do círculo interno.

Já o círculo de conformidade (*circle of support and accountability*) atua na reintegração do delinquente e, por consequência, na diminuição das taxas de reincidência. A

[332] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 160-215.
[333] Ibidem, p. 160-215.
[334] Ibidem, p. 160-215.
[335] Ibidem, p. 160-215.

comunidade deixa de ser parte passiva e passa a ser ativa na ressocialização do ofensor. O processo é realizado com voluntários de diferentes ramos do direito. Miguel Barrio destaca que não se confunde com os grupos de trabalho com delinquentes ou treinamentos de empatia com a vítima (*victm awareness empaty training*), que não possuem enfoque restaurativo.[336]

O círculo de conformidade visa a desenvolver novas habilidades que permitam a realização de encontros restaurativos com as vítimas. É formado por um círculo interno composto de voluntários, que as assistem emocionalmente e buscam modificar sua rede de relacionamentos. Quando necessário, se socorrem do círculo externo integrado por especialistas de diversas áreas. A comunicação entre os círculos é realizada por intermédio de um coordenador.

Por fim, no círculo de sentença, é elaborado um plano restaurativo que tem por estratégia não apenas o delinquente, mas também as necessidades das vítimas, famílias e comunidades.

Cumpre observar, com Barrio, que os círculos restaurativos são amplamente empregados nos Estados Unidos, Canadá, União Europeia e Inglaterra, no caso de delitos sexuais, durante a fase da execução da pena dos infratores[337]. Portanto, não prescindem o aspecto punitivo, cumprindo o Estado e o vitimário o dever de restaurarem a situação existente antes de sua prática. Interessante notar que na China a cultura confucionista constitui um obstáculo à sua implantação, pois os sentenciados não integram entidades religiosas, ao contrário dos voluntários do programa. Outro aspecto digno de nota consiste, consoante adverte Barrio, nos altos custos envolvidos no processo de implantação dos círculos nos moldes descritos.

Portanto, os processos circulares em nada modificam o conceito de injusto penal restaurável proposto neste trabalho, uma vez que visam à obtenção da pacificação social, por meio do *sentencing circle.* Isso passa pela restauração dos canais de diálogo, para unir as pessoas em sociedade, criando opções de respostas penais aos delitos praticados (*v.g.* a

[336] MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles, cit., p. 160-215.
[337] Ibidem, p. 160-215.

participação do condenado com êxito nos círculos de conformidade pode subsidiar uma decisão sobre o mérito de progressão de regime).

Não tem por finalidade excluir o monopólio do poder punitivo estatal, mas atuar de forma complementar e voluntária. Dentro desses limites, inexistem óbices para a sua implementação prática no sistema jurídico brasileiro, pois a segurança pública, nos termos do artigo 144 da CF, "é direito e responsabilidade de todos", razão pela qual devem ser acolhidas as iniciativas que visem a conferir, aos cidadãos integrantes da sociedade, papel ativo na solução de problemas que perturbem a tão almejada paz social.

3.4.5 *Victim offender conferencing* (VOC)

A conferência vítima ofensor surgiu nos anos 1970 nos Estados Unidos e no Canadá, por meio de programas reparadores, com o escopo de proporcionar uma resposta ágil para os delitos leves que atrasam a persecução penal de condutas mais graves, possibilitando à vítima e ao ofensor reparar o dano causado pela prática delitiva[338]. Não se confunde com a mediação de conflitos, pois:

> Conflito é definido como uma tensão que ocorre quando as pessoas têm ideias, entendimentos ou posições diferentes sobre um assunto. A mediação de conflitos é um processo para lidar com essas situações, onde as partes definem e discutem sua moral e ética na situação. A justiça restaurativa, por outro lado, trata de danos e injustiças. Nessas situações, é adotada uma postura ética que identifica o comportamento prejudicial de uma parte responsável em relação à vítima. Referir-se a isso como um conflito pode minimizar o dano causado à vítima/sobrevivente do crime.[339]

Hartman e Lyons esclarecem que a conferência vítima ofensor (VOC) "é uma reunião facilitada entre pessoas impactadas por um crime, os responsáveis, seus apoiadores e, às vezes, membros da comunidade local"[340]. A ferramenta tem por escopo tratar de danos criminais cometidos por adultos e jovens. Para os autores:

---

[338] GÓMES-SEGADE GONZÁLEZ, Elena; MARCOS, Esther Peres. La mediación en el proceso penal español: hacia una realidade más efectiva. *In*: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.); TORRADO TARRÍO, Cristina (coord.). *La mediación*: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. Madrid: Wolters Kluwer España, 2013. p. 194-195.

[339] HARTMAN, Matthew; LYONS, Aaron, *Victim offender conferencing*: facilitator training manual, cit., p. 11-65, nossa tradução.

[340] Ibidem, p. 11-65.

> A conferência vítima ofensor oferece uma oportunidade para diversas vozes estarem presentes em um diálogo, enquanto oferece flexibilidade situacional em como e quando essas perspectivas são compartilhadas. Consistente com uma abordagem informada pelo trauma, o processo equilibra a estrutura com a capacidade de resposta às necessidades únicas dos participantes na sala. Os participantes têm voz não apenas nos objetivos do processo, mas em como o processo é conduzido.[341]

A VOC convida a estudar mais profundamente a questão atinente às vítimas e sobreviventes e o significado da experiência traumática vivenciada. Pesquisa realizada por Hartman e Lyons permitiu concluir que 85% das vítimas sabem como desejam que seja efetuada a restauração dos efeitos causados pela prática delitiva. Com base na experiência desenvolvida à frente do *just outcomes*, puderam observar que somente a escuta ativa das vítimas permite aquilatar como é a experiência de ser vitimizado, o que buscam e como a justiça pode desempenhar um papel importante na desvitimização.[342]

Pode ser realizada na fase pré-processual, processual, ou mesmo durante a execução da pena.

3.5 Análise crítica das práticas restaurativas

O sistema de justiça restauradora encontra seus fundamentos teóricos na aproximação da abordagem de resolução de conflitos oriunda de outros ramos do direito (cível, empresarial, trabalhista etc.). Parte de paradigma equívoco de que, uma vez praticado um delito, o Estado teria tão somente um conflito para dirimir[343]. Isso porque, para a obtenção de indenização, já temos o sistema de responsabilidade civil. A reparação como resposta ao conflito delitivo derrubaria as fronteiras entre o direito civil e direito penal, pois inexistindo fronteiras ontológicas entre esses ramos do ordenamento jurídico, é questionável a distinção de que o primeiro se ocupa de interesses privados e o segundo de interesses públicos.[344]

---

[341] HARTMAN, Matthew; LYONS, Aaron, *Victim offender conferencing*: facilitator training manual, cit., p. 11-65, nossa tradução.

[342] Notas de aula proferida no curso "Capacitação do Facilitador Vítima Ofensor", na Eastern Mennonite University, em 20 de maio de 2015.

[343] Nesse sentido, Arlé trata da justiça restaurativa como "sistema adequado de resolução de *conflitos*". Aduz que sua proposta é "abrir o leque de opções para o tratamento adequado do *conflito* penal" (ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano, *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*, cit., p. 237).

[344] Destaca Roxin, ao tratar da importância da reparação e do acordo de compensação autor-vítima para a estrutura do direito penal e do processo penal: "Até agora o legislador alemão trata a reparação no Código Penal debaixo do título de mediação penal. Porém, na realidade, a integração da reparação no Direito Penal é um acontecimento que nos obriga a revisar em muitos pontos as bases tradicionais do Direito Penal e do Processo Penal." (ROXIN, Claus, Pena y reparación, cit., p. 13, nossa tradução). A categoria que propomos neste trabalho, injusto penal restaurável, é mais ampla e abrangente do que a simples reparação cível do delito

Reduzir o conceito material de crime à noção de conflito, em última análise permite limitá-lo à ideia de *lesão a direto subjetivo*, em contraposição ao conceito de crime como proteção de *bens jurídicos protegido*s. Mesmo para os adeptos da identificação do conceito material de crime à violação da norma, não se pode abstrair que a norma possui inegável conteúdo e, portanto, reconduziria ao conceito de bem jurídico, inexistindo a prolatada diferença estrutural de posicionamentos.

Isso produz resultados práticos significativos, pois pode levar à equívoca conclusão de que os sujeitos ativos e passivos do crime poderiam dispor livremente das suas consequências e efeitos práticos, abstraindo-se a ingerência estatal sobre o tema, que já foi previamente selecionado pelo legislador, ao estabelecer bens jurídicos individuais e coletivos dignos de tutela penal (privatização da justiça penal).

Ocorre que em nosso ordenamento jurídico, via de regra, não existe disposição pelas partes na regulação das consequências e efeitos da prática delitiva, devendo haver necessariamente a intervenção estatal por meio do Ministério Público, por ser o titular da ação penal pública (arts. 129, *caput* e inciso I, da CF; 100 do CP[345]; 24 do CPP[346]). Apenas excepcionalmente compete às partes o poder de disposição quanto aos efeitos práticos do delito (art. 30 do CPP[347]).

---

e ainda se encontra em conformidade com o sistema penal acusatório adotado pela CF. Cumpre mencionar ainda que alguns teóricos da justiça restaurativa estão revendo o posicionamento da prática restaurativa como a que visa tão somente a dirimir um conflito, como, por exemplo, no caso da VOC. Nesses casos, não se busca substituir o sistema de justiça, mas somente atuar como ferramenta complementar a ele.

[345] CP: "Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1°. A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. § 2°. A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. § 3°. A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal. § 4°. No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. [...] Art. 102. A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia."

[346] CPP: "Art. 24. Nos crimes de ação púbica, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo."

[347] CPP: "Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representa-lo caberá intentar ação penal privada."

Ainda que se reconheça dentre as finalidades da pena a reparação do dano, para a legislação pátria, mesmo em casos que dizem respeito à esfera negocial dos envolvidos, não haveria uma verdadeira e própria identificação com os postulados do direito civil, pois mesmo o recebimento de indenização do dano causado pelo crime não implica a renúncia tácita do exercício da ação penal privada (art. 104, parágrafo único, do CP[348]), quiçá da ação penal pública. Desse modo, não apenas o conceito material de crime é afeto ao reconhecimento da tutela de bens jurídicos de índole individual e coletiva, mas o próprio direito de punir estatal não pode ser reduzido à mera pretensão indenizatória das partes.

A reparação à vítima pode ser interpretada como reafirmação da norma jurídica defraudada, sem que se restrinja a reparação de índole *iusprivatista* adstrita a parâmetros compensatórios. Para os adeptos dessa concepção, pode-se outorgar efeito a reparações simbólicas, ser atribuído destinatário diverso da vítima ou terceiro prejudicado, e ainda ser aplicada em casos de crimes em que inexiste resultado material lesivo.

Assim, a análise dos postulados imanentes da justiça restaurativa possui como pano de fundo a privatização da justiça, abstraindo-se a figura do Estado, razão pela qual os indivíduos em sociedade procederiam à autorregulação de seus "conflitos". Além disso, seus postulados são adaptados à realidade de cada país em que é empregada, inexistindo unidade de método e procedimentos, razão pela qual se considera mais adequado o uso da expressão *práticas restauradoras*.

Em breve síntese, poderíamos representar a prática restauradora e preditiva da seguinte forma:[349]

[348] CP: "Art. 104. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. Parágrafo único. Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização causada pelo crime."

[349] As duas primeiras colunas foram adaptadas da obra de ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano, *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*, cit., p. 242. A terceira coluna foi desenvolvida por esta autora.

Quadro 1 – Injusto penal restaurável

Acesso à justiça	**Modelo retributivo**	**Modelo restaurativo**	**Modelo injusto penal restaurável**
Crime	Ofensa a bem jurídico individual ou coletivo que implica a resposta estatal com imposição, via de regra, de pena (modelo heterocompositivo)	Ofensa a direito subjetivo que implica a adoção da perspectiva de crime como conflito entre pessoas que possuem autonomia para dirimir todos os aspectos inerentes à prática delitiva, sem necessidade de intervenção estatal (modelo autocompositivo)	Integridade do sistema penal por meio de forma de ingerência estatal colaborativa prévia ou posterior na vida dos indivíduos e organismos sociais (modelo misto)
Responsabilidade	Individual	Individual e social	Individual, social e estatal
Controle	Sistema penal	Comunidade	Sistema penal, econômico, social (rede SUAS) e de saúde (rede SUS)
Procedimento	Adversarial	Dialógico	Compositivo, restaurador e punitivo em crimes graves
Finalidade	Provar a prática delitiva, estabelecer culpa e aplicar penas	Resolver conflitos, assunção de responsabilidades e reparação do dano extrapenal	Resolver crimes, prevenir a prática de novos crimes, assunção de responsabilidades, restauração do tecido social violado
Tempo	Baseado no passado	Baseado no futuro	Baseado no presente e no futuro

O injusto penal restaurável, que se propõe parte da análise da aproximação desse sistema com ferramentas restaurativas, tais como as formas adequadas de resolução de conflitos (linear, circular narrativo, transformativo), pressupõe a intervenção ativa do Ministério Público durante todo o processo de comunicação das partes, seja para evitar os efeitos deletérios da vitimização, seja para representar o Estado em todas as tratativas contratuais desenvolvidas, no desenvolvimento de verdadeira política estatal prospectiva (análise de focos de combate à criminalidade por meio da repetição e reiteração de casos em nível local, municipal, estadual e nacional, possibilitando a obtenção de resposta penal construtiva), bem como preditivo (combate às causas da criminalidade, de acordo com os

fatores históricos, sociais e culturais vigentes em determinada sociedade). A esse respeito, Ordeñana Guezuraga preconiza:

> Um Estado de Direito não pode perpetuar a insegurança jurídica derivada de sua falta de ordenação geral (casos, vicissitudes, prazos etc.) e, em especial de ausência de engrenagem com a jurisdição (papel pessoal jurisdicional e Ministério Público), momentos processuais para se efetuar, sua repercussão processual [...] Está em jogo o direito fundamental à tutela judicial efetiva da cidadania em matéria penal (art. 24 da Constituição Espanhola) e não se pode permitir sua possível infração com o aval do Estado.[350]

Portanto, urge a implementação de um *sistema de gestão da justiça diversificado ou multiportas* que, em matéria penal, deve ter por protagonista o *Parquet*, consoante desenvolvido em capítulos anteriores. O papel constitucional atribuído ao Ministério Público Brasileiro não permite que ele se limite a ser mera "engrenagem" de um sistema processual penal falido e que não atende minimamente aos interesses da vítima, vitimário e comunidade.

Ao lado da resolução consensual de crimes, mantém-se o sistema processual penal contraditório e com direito à ampla defesa, nas hipóteses em que o acusado manifeste o desejo de provar sua inocência, deseje discutir pontos jurídicos controversos ou simplesmente não tenha interesse em restaurar os efeitos deletérios causados pela prática do crime. Nesse sentido, Roxin preceitua:

> Porém, junto ao procedimento contraditório figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental; a consensual, desenhada para a reparação e o entendimento [...] o processo contraditório tradicional deve ser completado com regras independentes para um processo consensual.[351]

Nessa medida, o injusto penal restaurável oferece soluções contratuais ao sistema adversarial vigente, com efetivo potencial ressocializador e sem que se socorra a soluções que visem a neutralizar a vítima e o trauma decorrente do fenômeno vitimizatório.

---

[350] ORDEÑANA GUEZURAGA, Ixusko. Prólogo. *In*: ARROM LOSCOS, Rosa. *Aproximación a la mediación penal, líneas rojas*: violencia de género y mediación penal, ¿un reto de futuro? Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 14. Nossa tradução.

[351] ROXIN, Claus, Pena y reparación, cit., p. 15.

3.6 Integração das respostas repressivas e preventivas às perspectivas reparadoras e restauradoras

Silva Sánchez e Wolter propõem que seja adotada nova perspectiva para a teoria do delito, a do *sistema integral do direito penal*, de sorte a abarcar o delito, o processo penal e a aplicação da pena. Isso porque as hipóteses em que há renúncia ao *jus puniendi* não se encontram sistematizadas pelo saber dogmático. Nessa linha, Nauche estabelece que a dogmática jurídico-penal tradicional, orientada à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ficou obsoleta. As novas possibilidades de pronunciar a culpabilidade sem impor pena alguma nos leva a concluir que já não seria possível traçar uma nítida fronteira entre condutas puníveis e não puníveis. A esse respeito, Wolter destaca que as causas de exclusão da responsabilidade não encontram sua relativa "prolongação" no sistema de aplicação da pena ou no sistema do processo penal, ainda que outros preceitos semelhantes extingam completamente o sistema de delito, destacando que:

> Entre as causas de exclusão da pena autônomas na teoria do delito podemos citar os riscos mínimos (§§ 184 c StGB), os riscos adequados socialmente, figuras estas que ficam totalmente fora do tipo de injusto, seja pela via da redução teleológica (fase prévia a despenalização ou alternativa a ela) – já como resultado de uma interpretação do tipo em termos tradicionais.[352]

Na linha dos autores supracitados, propõe-se que o delito seja apreciado a partir de três níveis: *merecimento da pena do injusto culpável* (desvalor jurídico penal), *necessidade de pena do injusto culpável* (necessidade preventiva de punição – responsabilidade), *punibilidade do injusto culpável* (imputação jurídico política).

No primeiro nível do delito, tradicionalmente conhecido como merecimento de pena do injusto culpável, efetua-se juízo de valor a respeito da ausência de causas de exclusão do tipo ou de exclusão do injusto, entendendo-se o injusto como dever de atuar de outro modo (ausência de exclusão da culpabilidade). O injusto culpável, para efeitos de prevenção geral, entra no âmbito do "risco punível". Suas mensagens comunicativas fixam as fronteiras entre o direito e o injusto (culpável), a vulneração (culpável), o tipo de injusto (realizado

[352] WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. *In*: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal*: delito, determinación de la pena y proceso penal. Traducción: Guillermo Benlloch Petit [*et al*.] Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 33. Nossa tradução.

culpavelmente) de uma norma de conduta jurídico-penal, e a desaprovação fundamental do fato punível por parte da lei.[353]

O segundo nível do delito traça a fronteira entre o punível e o não punível, o juízo de ilicitude, desde uma perspectiva jurídico-penal-ético-social. A responsabilidade corresponde aos interesses jurídicos penais que têm a ver ao mesmo tempo com o injusto e a culpabilidade. Neste nível, a necessidade da pena é cotejada com a presença de causas de exclusão de responsabilidade.

O terceiro nível do delito se relaciona à sua punibilidade, ou seja, à presença de condições objetivas de punibilidade ou sua exclusão por bens extrapenais (interesses gerais de política jurídica) ou determinadas finalidades jurídico-constitucionais. Está relacionado à faculdade estatal de punir mediante pena. Neste nível entram interesses de política exterior, econômica, parlamentar ou extrapenal.

Em breve síntese, podemos dizer que o delito possui três níveis:

- primeiro nível do delito – injusto penal (tipicidade + ilicitude);
- segundo nível do delito – responsabilidade/culpabilidade;
- terceiro nível do delito – culpabilidade.

Ultrapassada a análise do delito (injusto culpável merecedor de pena), passa-se à análise do sistema processual e de aplicação da pena, que são considerados por Wolter como extensões do sistema de fato punível. Nessa perspectiva, o autor do fato não apenas praticou um injusto culpável merecedor de pena, mas o Estado tem o dever de persecução penal e imposição de punição, partindo de premissas de política jurídico-penal geral e considerações específicas de política jurídico-constitucionais. Tal análise excepcionalmente prescindiria da imposição de pena, em função da renúncia da pena ou do exercício da ação penal pública, levando-se em conta a concorrência de alguns aspectos adicionais do injusto ou da culpabilidade, de determinados interesses preventivos ou certas finalidades extrapenais (de política geral ou constitucional). Nessas hipóteses, bastaria um pronunciamento relativo à

[353] WOLTER, Jürgen, Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena, *in El sistema integral del derecho penal*: delito, determinación de la pena y proceso penal, cit., p. 33.

culpabilidade com renúncia à pena. O autor menciona a esse título o comportamento do autor posterior ao fato (§ 46 do StGB), o menor injusto comparado ao fato punível (§§ 174, IV, 175, II, n. 2, do StGB) e a menor culpabilidade relativa do autor (§§ 86, IV, 86 a, 89, III, do StGB). O sistema alemão permite ainda que o juiz declare o desaparecimento do interesse público na persecução penal, pela presença de um arrependimento ativo, por interesse de política de segurança ou política exterior (§§ 153a, 153b, do StPO; 46a do StGB).[354]

[354] WOLTER, Jürgen, Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena, *in El sistema integral del derecho penal*: delito, determinación de la pena y proceso penal, cit., p. 37-38. O CPP alemão mencionado pelo autor estabelece: "§ 153 (Renúncia à persecução em hipóteses de pouca importância). 1. Se o processo tem como objeto um delito menos grave, o Ministério Público poderá prescindir da persecução com o consentimento do Tribunal competente para a abertura de plenário, se pudesse ser considerada a culpa do autor como de pouca importância, sempre que não exista interesse público na persecução. O consentimento do Tribunal não é necessário em relação àqueles delitos que não tenham previsto um limite inferior elevado e naqueles em que as consequências causadas pelo fato sejam mínimas. 2. Tendo sido formulada a acusação, o Tribunal poderá, em qualquer momento do processo e sempre que concorram as condições previstas no anexo 1°, suspender o processo com o consentimento do Ministério Público e do acusado. Não será necessário o consentimento do acusado se a vista oral não pode ser realizada pelos motivos esclarecidos no § 205, ou se, nos casos do § 231, apartado 2°, e dos §§ 232 e 233, se possa celebrar esta na sua ausência. Dita decisão se publicará na forma de despacho e não será apelável. §153 a. (Suspensão provisória do processo sob a condição de reparação. 1. Com o consentimento do acusado e do Tribunal competente para a abertura do juízo oral, o Ministério Público poderá renunciar provisoriamente ao exercício da ação pública nas hipóteses de delitos menos graves, impondo ao mesmo tempo ao acusado alguma das obrigações ou instruções que seguem: 1) realizar uma determinada prestação para a reparação do dano ocasionado pelo ato, 2) pagar um importe em favor de uma instituição de interesse geral ou do Tesouro Público, 3) realizar outras prestações de interesse comum, 4) cumprir com deveres de alimentos de um determinado valor, 5) esforçar-se seriamente em chegar a uma conciliação com o prejudicado reparando no todo ou em boa parte seu delito ou esforçando-se para obter dita reparação, 6) participando de algum dos cursos de formação previstos na Lei de Tráfico, sempre que estas obrigações e instruções sejam adequadas para fazer desaparecer o interesse público na persecução penal e sempre que dita medida não seja incompatível com a gravidade da culpa. Para o cumprimento das obrigações de instruções, o Ministério Público concederá ao acusado um prazo de seis meses nos casos do item 1, ns. 1 a 3, e de até um ano nos casos do n. 4. O Ministério Público poderá anular posteriormente as obrigações e instruções e prorrogar uma vez o prazo por três meses mais, com o consentimento do acusado, também para impor e modificar posteriormente as obrigações e instruções. Se o acusado cumpre as acusações e instruções, o fato já não será perseguido como delito. Se o acusado não cumpre as obrigações e instruções, não se reintegrarão as prestações realizadas na ordem de cumprimento daquelas. Se aplica por analogia o § 153, apartado 1°, frase 2ª. 2. Tendo sido formulada a acusação, poderá o Tribunal, com o consentimento do Ministério Público ou do acusado, suspender provisoriamente o processo até o final da vista oral, nas quais as constatações fáticas possam ser comprovadas pela última vez, e ao mesmo tempo, pode impor ao acusado as obrigações e instruções previstas no apartado 1°, frase 1ª. Se aplica analogamente o apartado 1º., frases 2ª, até 5ª. A decisão a que se refere a frase 1ª se publicará na forma de despacho não apelável. A frase 4ª também será de aplicação nas hipóteses em que se constante que se tenham cumprido as obrigações e instruções as que se refere a frase 1ª. 3) Se suspende a prescrição durante o transcurso do prazo estabelecido para cumprimento das obrigações e instruções. §153 b. (Renúncia a acusação ou suspensão). 1. Se concorrem as condições de baixo das que o Tribunal poderia prescindir de pena, o Ministério Público, com o consentimento do Tribunal que seja competente para a abertura da vista oral, pode renunciar ao exercício da ação pública. 2. Se a ação pública tenha já sido exercida o Tribunal poderá, com o consentimento do Ministério Público e do acusado, suspender o processo até o início da vista oral [...] § 153 e (Renúncia a persecução no caso de arrependimento ativo). [...] se o autor depois dos fatos e antes de ter conhecimento de sua descoberta, tenha contribuído para excluir o perigo para a estabilidade e segurança da República Federal Alemã, ou para o ordenamento constitucional. [...]." (Nossa tradução da versão espanhola).

Wolter esclarece que as hipóteses de delitos menos graves, tidos por "intermediários", devem ser solucionadas com a renúncia à persecução penal ou a simples atenuação da pena. As hipóteses de suspensão do processo previstas pelo legislador dizem respeito à ausência de norma específica que permita a intervenção provocada do Estado. Quando houver uma norma de intervenção específica, deve ser utilizada, preferencialmente à renúncia ou atenuação da pena, a suspensão condicional do processo.[355]

Na perspectiva do sistema integral do direito penal, haveria um controle recíproco do sistema do delito, do processo penal e da aplicação da pena, existindo hierarquia entre as causas materiais de exclusão da pena, a suspensão do processo e o pronunciamento de culpabilidade com renúncia de pena, sendo esta similar à gradação existente na exclusão do tipo de injusto, da culpabilidade e as causas de exclusão da responsabilidade (com prolongações no processo penal e de exclusão de pena).

Dentro dessa linha, o § 42 do CP austríaco prevê a reparação *post* delitiva como causa específica de afastamento da pena de caráter material. O risco da adoção desse entendimento é que delitos menores sejam perdoados, por serem considerados meras "faltas", ou convertidos em processos civis. Com a adoção do entendimento esposado, os delitos que afetem estritamente bens jurídicos individuais contra vítimas não vulneráveis devem ser extraídos do sistema penal e resolvidos por conciliação entre autor e vítima ou, no máximo, considerados simples contravenções penais. A manutenção desse estado de coisas dilui a distinção entre fatos jurídicos penalmente relevantes e puníveis do ponto de vista "político-jurídico", porém resulta em fatos não perseguidos ou não punidos, materialmente impunes, por faltar suficiente merecimento ou necessidade de pena, ou por concorrerem circunstâncias extrapenais e de política jurídica.[356]

[355] WOLTER, Jürgen, Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena, *in El sistema integral del derecho penal*: delito, determinación de la pena y proceso penal, cit., p. 41.
[356] Ibidem, p. 43-44.

3.8 A mediação penal e a atuação do *Parquet*

3.8.1 Delimitação da questão

A mediação pode ser conceituada como meio de tutela que favorece e complementa o sistema judicial em seu conjunto[357]. Trata-se de modelo de gestão negocial do crime que se caracteriza pela sua flexibilidade, permeabilidade e adequação aos sujeitos envolvidos. Se no passado a criação do Ministério Público teve origem na delegação do poder do soberano, hoje ele é verdadeiro receptáculo dos anseios e necessidades sociais, exercendo papel de verdadeiro *ombudsman* da sociedade.

Na União Europeia, foi prolatada com caráter vinculante a Decisão-Quadro 2001/29/220/JAI em 15 de março de 2001, que confirma normas mínimas constitutivas de um verdadeiro estatuto da vítima no processo penal, destacando os direitos de informação, participação, proteção assistência e reparação[358]. No Brasil, o microssistema de proteção à vítima se encontra assentado no artigo 201 do CPP, com a regulamentação do CNJ, consoante exposto no item 3.1 e nos capítulos precedentes.

Na linha da normativa europeia, tramita o Projeto de Lei n. 65/2016 do Senado Federal, podendo ser apontada a reprodução de equívoco conceitual, consistente na limitação da concepção de vítima ao ofendido e vítima indireta, deixando ao largo todas as hipóteses de vítimas coletivas propostas neste trabalho. O conceito de justiça restaurativa é mais preciso do que o proposto pelo CNJ, ao estabelecer que se vincula a hipóteses decorrentes da prática de crimes, bem como que os serviços oferecidos só serão utilizados no interesse da vítima. A previsão dos direitos das vítimas de comunicação e de recurso ao procurador geral de justiça nos casos de arquivamento constituem importantes avanços na disciplina do tema. Ressalta-se, porém, que o mais adequado seria o envio do recurso ao Conselho Superior do Ministério Público, de maneira análoga ao que já é efetuado no arquivamento de inquéritos civis,

[357] BARONA VILAR, Silvia, Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales, *in La mediación*: algunas cuestiones de actualidade, cit., p. 255.

[358] A Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho foi substituída pela Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=PT. Acesso em: 10 nov. 2019.

possibilitando a formulação de uma política única de atuação institucional, especialmente nas hipóteses em que são tutelados interesses difusos e coletivos.

Cumpre mencionar brevemente o Estatuto da Vítima do Delito espanhol (Lei 4/2015) cuja Exposição de Motivos preconiza:

> A finalidade de elaborar uma lei constitutiva do Estatuto jurídico da vítima do delito é oferecer, desde os poderes públicos, uma resposta a mais ampla possível, não somente jurídica senão também social, às vítimas, e não somente reparadora do dano no marco de um processo penal, senão minimizadora de outros efeitos traumáticos na moral que sua condição pode gerar e com independência de sua situação processual.
> Por isso, o presente Estatuto, em linha com a normativa europeia em matéria com as demandas que deseja nossa sociedade, pretende, partindo do reconhecimento da dignidade das vítimas, a defesa de seus bens materiais e morais, e com isso, do conjunto da sociedade.
> Com esse estatuto a Espanha aglutinará em um único texto legislativo o catálogo de direitos da vítima, de um lado transpondo as Diretivas da União Europeia na matéria e, de outro, reconhecendo a particular demanda da sociedade espanhola. (Nossa tradução)

O artigo 15 do Estatuto *ut supra* prioriza o uso mediação penal para dirimir as consequências advindas da prática delitiva, visando a conferir empoderamento às vítimas dos delitos.

No nosso sistema, podemos mencionar como instrumentos restauradores, ainda que parciais: a atenuante da reparação do dano (art. 65, “b”, do CP); a causa de diminuição de pena do arrependimento posterior (art. 16 do CP); a conciliação penal nos delitos de pequeno potencial ofensivo (arts. 72 e 74 da Lei n. 9.099/95); o perdão da vítima (arts. 105, 106 e 107 do CP); a retratação do vitimário nos casos em que a lei admite (art. 107, inciso VI, do CP). Embora possam ser considerados instrumentos embrionários do injusto penal restaurável, ainda há carência de tratamento sistematizado e integrado às vítimas dos delitos, que contemple políticas públicas de prevenção à vitimização em todos os níveis, da sociedade de modo geral, coletivos vulneráveis e vítima concreta de um delito praticado e integre práticas restaurativas de proteção, assistência e defesa da vítima.

O citado artigo 15 do Estatuto espanhol regulamenta os serviços de justiça restaurativa da seguinte forma:

> Artigo 15. Serviços de justiça restaurativa.
> 1. As vítimas poderão ter acesso a serviços de justiça restaurativa, nos termos em que sejam regulamentados, com a finalidade de obter uma adequada reparação material e moral dos prejuízos derivados do delito, quando se cumpram os seguintes requisitos:
> a) o infrator tenha reconhecido os fatos essenciais de que deriva sua responsabilidade;
> b) a vítima tenha consentido, depois de ter recebido informação exaustiva e imparcial sobre seu conteúdo, seus possíveis resultados e os procedimentos existentes para tornar efetivo seu cumprimento;
> c) o infrator tenha consentido;
> d) o procedimento de mediação não constitua um risco para a segurança da vítima, nem exista o perigo de que o seu desenvolvimento possa causar novos prejuízos materiais ou morais a vítima;
> e) não esteja proibida pela lei para o delito cometido. (Nossa tradução)

No Brasil, diversamente de outros países, nos casos de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), todo programa de mediação penal deve possuir índole extrajudicial, vinculada diretamente ao *Parquet*, até pelas prerrogativas atribuídas a seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios) e sua estrutura constitucional (defensor da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

Trata-se de verdadeira instância intermediária que pode sopesar, de um lado, as necessidades materiais, físicas, morais e psicológicas da vítima, e, de outro, fomentar a autorresponsabilização do réu pelos seus atos, o que passa necessariamente pela reparação dos danos individuais e coletivos causados, e restauração da violação à esfera jurídica alheia. Nas palavras de Barona Vilar, é necessária a busca de uma trilogia funcional: a prevenção reclamada pela sociedade, a ressocialização que favorece ao autor da infração penal e a reparação às vítimas.[359]

Há os que propugnam que sua adequação passa além do tipo de conflito envolvido, o respeito aos sujeitos envolvidos, ou seja, respeito ao princípio da presunção de inocência, pela qual o mediador deve se referir às partes como presumida vítima e presumido autor do fato.[360]

Longe de constituir retorno à vingança privada, a mediação penal permite que aquele que sofre os danos advindos da prática do delito (vítima direta, indireta e comunidade) seja acolhido e indique suas necessidades concretas materiais e emocionais, bem como auxílio

[359] BARONA VILAR, Silvia, Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales, *in La mediación*: algunas cuestiones de actualidade, cit., p. 259.
[360] Nesse sentido: BARONA VILAR, Silvia, op. cit., p. 257.

efetivo na cura dos traumas causados. O Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública, atuará como facilitador, inclusive para formar sua convicção sobre o exercício ou não da ação penal, ante o princípio da oportunidade, que uma releitura constitucional permite atribuir às atribuições desse órgão. Nessa perspectiva, ao lado da função de prevenção à prática de novos delitos, ter-se-ia a reparação não apenas como consequência lógica de uma condenação penal ou medida para diminuir ou atenuar a pena, mas parte integrante dela. Tão importante quanto a reparação, que na maior parte das vezes apenas pode reconduzir a um automatismo compensatório, a restauração dos aspectos imateriais ou intangíveis da prática delitiva, como, por exemplo, o trauma individual ou coletivo causado, é fundamental para que o Estado continue a exercer seu papel de atribuir paz social aos cidadãos. Cidadãos resilientes são cidadãos saudáveis e com muito menos chance de eternizarem o ciclo de violência na nossa sociedade, seja no papel de vítima (*acting in*), seja no papel de ofensor (*acting out*).[361]

3.8.1.1 Características da mediação penal

Trata-se de procedimento extrajudicial diretamente vinculado ao Ministério Público, pelo qual a vítima e ofensor reconhecem que possuem capacidade para participar da resolução das consequências do crime praticado[362]. Tem por escopo o restabelecimento da situação prévia ao delito e o respeito ao ordenamento jurídico. Busca-se o diálogo e a reconstrução da paz social quebrada pelo fato delitivo, minimizando a violência estatal e devolvendo certo protagonismo à sociedade civil, representada pelo Ministério Público.

Nessa perspectiva, possui por finalidades principais a reparação do dano e a restauração dos efeitos nocivos causados pela prática delitiva. Seu resultado é consentâneo com a prevenção especial, deixando a prevenção geral e a repressão ao dano causado em

[361] Em sentido diverso, Barona Vilar defende a substituição da função preventiva da pena pela função de reparação do dano causado (BARONA VILAR, Silvia, Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales, *in La mediación*: algunas cuestiones de actualidade, cit., p. 263).

[362] Tradicionalmente os adeptos da justiça restaurativa utilizam o termo resolução de conflitos, porém tal conceito nos parece equívoco, pois conduz à conclusão da existência de direito subjetivo da vítima e, portanto, disponível, sendo dispensável a participação do Estado representado pelo Ministério Público para resolvê-lo. Porém adotamos a concepção de que o conceito material de crime na realidade se destina a tutela de bens jurídicos e, portanto, inexiste em regra disponibilidade da vítima para transigir (exceto nos casos em que se retrata de representação oferecida antes do oferecimento de denúncia, nos casos de ação penal pública condicionada ou nos casos de ação penal privada). Nos demais casos em que a ação penal pública incondicionada a participação do Ministério se faz necessária, sob pena de nulidade do ato. A esse respeito, em fevereiro de 2019 o Ministério Público do Estado de São Paulo e a Associação Paulista do Ministério Público interpuseram ação direta de inconstitucionalidade contra ato da autoridade policial que instituía o NECRIM e, portanto, permitia a realização de conciliações diretamente pela autoridade policial.

segundo plano. É o próprio Estado, por intermédio do Ministério Público, que abre mão da persecução integral ou parcial de condutas dos sujeitos envolvidos no fato delitivo. Assim, o princípio da exclusividade da jurisdição penal e o monopólio estatal do *jus puniendi* ficam preservados. Além disso, o Poder Judiciário, em última análise, irá controlar os resultados obtidos em sede de mediação pelo Ministério Público, atribuindo ou não eficácia jurídica ao acordado. Trata-se, portanto, de meio para dar resposta adequada aos fenômenos da criminalidade e da vitimização, rompendo com o ciclo de violência em nossa sociedade.

A exemplo do direito francês, deve competir ao Ministério Público brasileiro a decisão do início do procedimento de mediação, exceto nos casos de ação penal privada. Em todo caso, vítima e vitimário devem manifestar voluntariamente que desejam se submeter ao procedimento[363]. Em sentido diverso, na Alemanha entende-se que a reparação tem o condão de eliminar o interesse público na persecução do fato e, por conseguinte, na subsequente condenação penal, desde que assim o convalidassem o Ministério Público, promovendo o seu arquivamento, e o Poder Judiciário, o homologando. Não sendo aceito, o processo penal se desenvolve da forma habitual.[364]

Consideramos mais conveniente a adoção de modelo híbrido franco-germânico em que o *Parquet* procede à prévia escuta especializada da vítima, para identificar se o caso é passível de submissão a procedimento de mediação, até para evitar os riscos de uma indesejada vitimização e, após o resultado do procedimento presidido diretamente pelo *Parquet*, em regime de cofacilitação com mediador capacitado, seja promovido o seu arquivamento ou homologação de acordo de imposição negociada de pena, condicionada a prévia reparação do dano causado.

Dada a sua natureza negocial, não se revela adequada a invocação de garantias, tais como presunção de inocência, direito de defesa, contraditório etc. Trata-se de um contrato de gestão entabulado entre as partes ou entre as partes e o Ministério Público, que tem por premissa, no segundo caso, justamente a disposição do ofensor em se autorresponsabilizar pelo fato cometido.[365]

---

[363] BARONA VILAR, Silvia, Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales, *in La mediación*: algunas cuestiones de actualidade, cit., p. 270.
[364] Ibidem, p. 270-271.
[365] Em sentido diverso, Barona Vilar entende que se aplicam tais garantias processuais, apesar de reconhecer que não se trata de processo (Ibidem, p. 271).

Nos crimes de ação penal pública não há que se falar em aplicação da regra da confidencialidade, em razão de previsão expressa do artigo 30, parágrafo 3°, da Lei n. 11.340/2015, o que vem ao encontro do entendimento de que tal procedimento extrajudicial deve ficar a cargo do Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal, exceto nos casos de ação penal privada, uma vez que não competirá a esse órgão o juízo de oportunidade de perseguir uma condenação em juízo pelo crime praticado. Soma-se a essa constatação o fato de que os inquéritos policiais e os procedimentos investigatórios criminais já possuem como regra geral o sigilo de suas informações, uma vez que apenas na fase da ação penal a regra é a publicidade.

3.8.1.2 Vantagens e desvantagens da mediação

Dentre as vantagens da mediação penal podemos apontar:

- possibilidade de elaboração de plano de restauração com participação dos diretamente afetados pela prática delitiva;
- obtenção de resposta restaurativa e reabilitadora que ultrapassa os limites de um mero acordo de vontades;
- reafirmação do direito e suas regras de controle social, pela participação dos cidadãos em seu procedimento;
- prevenção especial, através do fomento da autorresponsabilidade do ofensor e, portanto, reinserção dele no seio social;
- função restaurativa e de respeito às vítimas, por meio de reparação simbólica, moral ou econômica;
- redução do tempo despendido para a solução da resposta estatal ao crime praticado.

De outra parte, a mediação penal apresenta as seguintes desvantagens:

- disfunções na justiça e prejuízos às partes intervenientes (vítimas e ofensores);
- se manejada de forma equivocada, pode procrastinar o desfecho da causa, razão pela qual seria conveniente a fixação de limite temporal para o

desenvolvimento de seus atos, após os quais a marcha processual seria iniciada ou retomada;

- acentuação da vitimização secundária como sentimentos de angústia, desespero, impotência, medo, o que corrobora a sua afirmação de que a análise da adequação deve ficar a cargo do Ministério Público, que tem o dever legal de prevenir a sua ocorrência;
- não é instrumento de justiça universal, ou seja, não é adequada para todas as vítimas, nem para todos os ofensores;
- sua implementação de forma equivocada pode levar à privatização da justiça penal e a confusão entre os conceitos de tutela de bens jurídicos e direitos subjetivos.

3.9 O Projeto AVARC: acolhimento de vítimas, análise e resolução de conflitos

O Projeto AVARC visa a instituir *forma desburocratizada e eficiente de acesso à justiça*, com ênfase na escuta ativa especializada das vítimas diretas, indiretas e coletivas de crimes, possibilitando a paz social em nossa sociedade. O Projeto foi premiado pelo CNMP Público no dia 22 de agosto de 2019 e conta com voluntários cadastrados de diversas áreas, tais como advogados, educadores, mediadores, psicólogos, estudantes, servidores penitenciários, músicos e assistentes sociais. Os voluntários realizam previamente um curso de capacitação e auxiliam tanto no suporte emocional da vítima, que implica o reconhecimento de sua qualidade de pessoa, padronização de rotinas e informações sobre os passos a serem seguidos, quanto fornecem aportes especializados ao caso concreto.

A primeira medida implementada pelo Projeto tinha por escopo a modificação do padrão de atuação binário (relação Estado/ofensor), para incluir a perspectiva da vítima e seus direitos fundamentais à informação, proteção, participação, indenização, saúde e assistência social. Para tanto, foi elaborada cartilha destinada aos membros e servidores do Ministério Público, com propostas de rotinas de atuação, e o Procedimento Administrativo de Acompanhamento n. 62.0003.0000193/2019-6.

Para a obtenção da restauração do injusto penal culpável, o Projeto se pauta na premissa de que é necessário atribuir a mesma atenção aos direitos, interesses e necessidades da pessoa vítima da ofensa, ao autor da infração penal e à comunidade atingida pela sua prática. Utiliza para tanto substratos teóricos da terapia narrativa, especialmente nos casos em que há vitimização grave e naqueles em que o *Parquet* atua como facilitador.

Na implementação desse modelo, parte-se da conscientização do papel de autoridade do promotor de justiça e promove-se diálogo para que, além da verdade forense (fatos) ,se integre ao delito a verdade narrativa (sentimentos, necessidades e desejos). A inclusão da vítima, ofensor e comunidade é realizada por meio da escuta ativa e esclarecimento das expectativas dos envolvidos (princípio da diversidade). Na sequência, passa-se à fase intermediária, com inclusão de todos os envolvidos, promovendo-se a escuta e compreensão mútua e desenvolvimento de plano de reparação (princípio da interdependência). Por fim, a verdade transformadora se consubstancia pelo cumprimento do contratado por todos os atores envolvidos. Nessa fase, o *Parquet* realiza o apoio e acompanhamento da responsabilização (princípio da equidade).

Ao externalizar o ocorrido em ambiente seguro, permite-se a criação na vítima de uma distância simbólica do dano sofrido pelas pessoas participantes, facilitando que se obtenha sua reparação e responsabilização. Ao assumir papel ativo, a vítima consegue enfrentar melhor as consequências sofridas com a prática delitiva, evitando-se o fenômeno da culpabilização pelo ocorrido.

O Projeto AVARC do Ministério Público do Estado de São Paulo se pauta pelas seguintes diretrizes:

- Atendimento humanizado;
- Direito à saúde e assistência social – proteção;
- Direito à informação da vítima;
- Direito à participação da vítima;
- Auxílio na cura do trauma e formação da resiliência;

- Elaboração de plano restaurativo ou reparador;
- Controle externo da atividade policial.

Por meio desse modelo, busca-se integrar a perspectiva da vítima no exercício da ingerência penal pelos órgãos de persecução penal e pelo Poder Judiciário.

3.9.1 Medidas de acolhimento

A iniciativa comporta atuação integrada com os órgãos de segurança pública e gestão da justiça, possibilitando a incorporação em nosso ordenamento jurídico do *injusto penal restaurável*, legitimando a ingerência penal estatal em nossa sociedade, a partir de perspectiva funcional que fomente a autorresponsabilização dos autores de infrações penais, bem como fortalecimento de valores, como vida comunitária.

Dessa forma, poderá ser obtido o reconhecimento da dignidade das vítimas, a defesa de seus bens materiais e morais e, com isso, os da sociedade como um todo.

A proteção e o apoio à vítima não são apenas processuais, nem dependem de sua posição em um processo, mas também assumem uma dimensão extraprocessual e de corresponsabilidade compartilhada por toda a sociedade. Baseia-se num conceito amplo de reconhecimento e apoio, em prol da proteção integral da vítima.

Na consecução dessa finalidade, é fundamental oferecer à vítima o máximo de facilidades para o exercício e defesa de seus direitos, com a redução de procedimentos desnecessários, que envolvam a vitimização secundária, a concessão de informações e a orientação efetiva dos direitos e serviços que lhe correspondam, encaminhamento pela autoridade competente, tratamento humano e possibilidade de ser acompanhada pela pessoa que designa, em todos os seus procedimentos, não obstante a representação processual apropriada, entre outras medidas.

As ações devem sempre ser orientadas para a pessoa, o que requer uma avaliação e tratamento individualizado de todas as vítimas, sem prejuízo do tratamento especializado requerido por determinados tipos de vítimas.

O acesso direto da vítima ao *Parquet* se dá pela busca ativa de vítimas, encaminhamentos realizados por coletivos de vítimas ou redes governamentais, tais como o Centro de Referência e Apoio às Vítimas de Crimes (CRAVI), ou por meio de inquéritos policiais e processos judiciais distribuídos a cada promotor de justiça integrante do Projeto.

São fornecidas informações adequadas de todo o sistema de proteção, saúde e apoio às vítimas de crimes disponibilizados pelo Projeto ou pelas redes respectivas.

Dentre as ferramentas de acolhimento, utilizamos entrevistas pessoais com acompanhamento de psicólogo ou assistente social, bem como sistemas virtuais de comunicação, de acordo com a manifestação de vontade voluntária da vítima.

As entrevistas pessoais são acompanhadas de questionário padronizado, que visa a mapear as causas da vitimização no âmbito de atuação do Projeto, efetuando-se ainda o controle externo difuso da polícia.

A videocolaboração (videoconferência) é utilizada pelo *Parquet* como instrumento de acolhimento às vítimas de crimes, especialmente nos casos em que o simples deslocamento à presença de uma autoridade (Delegacia de Polícia, Ministério Público ou Poder Judiciário) constitua medida passível de causar vitimização secundária, sendo interpretado como um ambiente hostil em si. Tal iniciativa implica admitir que a forma como as relações sociais se desenvolvem não são mais predominantemente presenciais como no passado, sendo o ser humano cada vez encapsulado no ambiente virtual disponibilizado, local em que realiza a maior parte de suas conexões diárias com outros seres humanos e, portanto, se sente confortável para expor seus sentimentos e emoções. Além disso, o uso dessa técnica permite que a identidade da vítima seja perquerida pelo *Parquet* e que o acesso ao seu efetivo conteúdo seja disponibilizado ao acusado, no caso de oferecimento de denúncia.

Não tem mais sentido que em pleno século XXI sejam utilizadas técnicas de investigação como, por exemplo, cartas precatórias ou rogatórias, para proceder à oitiva de vítimas, testemunhas ou investigados. A Resolução n. 181/2017 do CNMP estabelece:

> Art. 11. As inquirições que devam ser realizadas fora dos limites territoriais da unidade em que se realizar a investigação serão feitas, sempre que possível, por meio de *videoconferência*, podendo ainda ser deprecadas ao respectivo órgão do Ministério Público local. (grifamos).

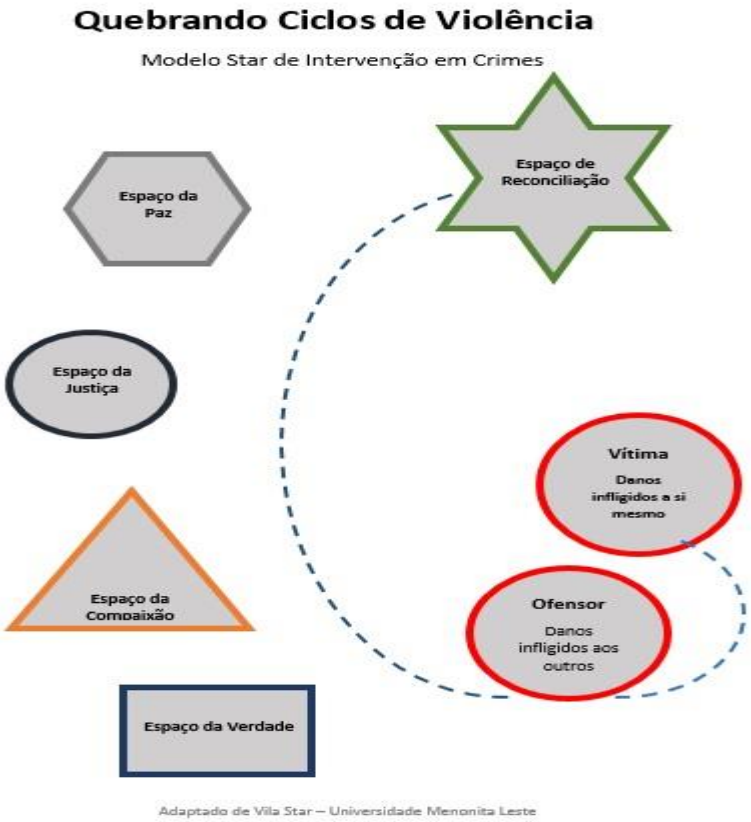
Logo, para pessoas que residam em local diverso ao do órgão ministerial responsável pela investigação criminal, a regra será a oitiva por meio da videoconferência. Porém, consoante assinalado supra, a principal finalidade desse meio de prova seria justamente evitar a revitimização, resguardando os direitos da personalidade da vítima, como sua intimidade e dignidade, consoante estabelece o artigo 19 do Estatuto das Vítimas de Delito espanhol, *in verbis*:

> As autoridades e funcionários encarregados da investigação, persecução e ajuizamento de ação dos delitos adotarão as medidas necessárias, de acordo com o estabelecido no Código de Processo Penal, para garantir a vida da vítima e de seus familiares, sua integridade física e psíquica, liberdade, segurança, liberdade e indenidade sexuais, assim como para *proteger adequadamente sua intimidade e sua dignidade*, particularmente quando se lhes receba declaração ou devam testemunhar em juízo, para *evitar o risco de sua vitimização secundária ou reiterada*.[366] (nossa tradução; grifamos).

Com base na entrevista individualizada da vítima, são eleitas as opções restaurativas pertinentes à espécie, como, por exemplo: círculos restaurativos com vítimas de determinado crime, para que compartilhem suas histórias pessoais e se auxiliem mutuamente; uso da técnica do STAR; mediação penal com a vítima direta ou substituta (bens jurídicos coletivos) e o autor da infração penal; conferências restaurativas com a presença da comunidade; pedidos expressos de reparação de danos estimados mínimos, desde o oferecimento da denúncia; e outras necessidades que se apresentem no caso concreto apresentado.

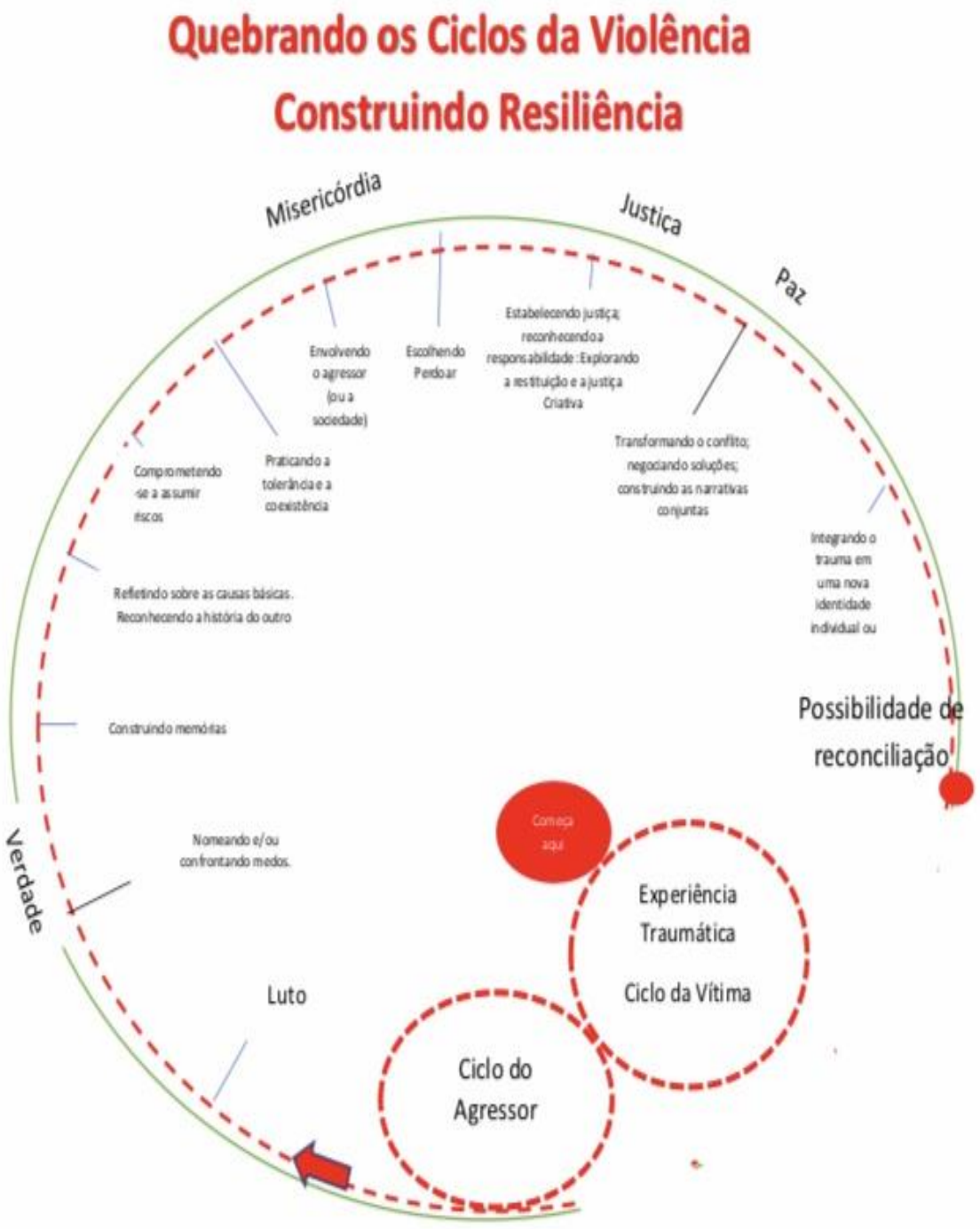
[366] O CPP espanhol também disciplina a videoconferência durante a fase de instrução processual, ao estabelecer medidas que evitem o contato visual entre a vítima e o suposto autor dos fatos, inclusive durante a produção da prova, para a qual poderá fazer-se uso das tecnologias de comunicação, assim como medidas para garantir que a vítima possa ser ouvida sem estar presente na sala de vistas, mediante a utilização de tecnologias de comunicação adequadas.

Figura 5 – Quebrando ciclos de violência



A título de exemplo, a técnica STAR desenvolvida pela Eastern University Mennonite foi adaptada ao Projeto AVARC com êxito, partindo, entretanto, da premissa do injusto penal restaurável. A vítima de um crime possui um caminho a ser percorrido para obtenção da cura e resiliência. Esse percurso, via de regra, passa por quatro *valores* centrais, a serem percorridos tanto pela vítima, quanto pelo vitimário (busca de sua reinserção social pela autorresponsabilização): verdade, compaixão, justiça e paz. A restauração dos efeitos traumáticos provocados pela prática delitiva é caminho individual a ser percorrido por todos os envolvidos na prática delituosa, razão pela qual inclusive se sustenta que os institutos da representação, prescrição e decadência são atentatórios aos direitos humanos das vítimas, pois muitas delas demoram tempo superior ao determinado pelo Estado para se conscientizarem do delito de que foram vítimas, sendo comum que apenas se sintam fortalecidas o suficiente para procurarem o Ministério Público em período de tempo superior ao estabelecido no CP e no CPP. Por exemplo, a pessoa que é totalmente capaz, porém, em determinado ambiente de cunho religioso, não consegue discernir se está sendo vítima de delito sexual ou abençoada por pessoa que se coloca como seu líder espiritual. E isso corresponde apenas ao primeiro passo a ser percorrido na cura pelo trauma sofrido, consoante se dessume da Figura 6 seguinte.

*Fig*ura 6 – Conscientização do trauma e restauração dos efeitos causados pela prática delitiva



Fonte: Programa STAR I – Eastern Mennonite University – material de apoio fornecido em maio/2019.

Por meio dessa técnica, também é possível visualizar que o combate à vitimização não se encerra com a celebração de contrato de não persecução penal ou decisão judicial, uma vez que ainda devem ser percorridas as etapas relacionadas ao valor paz, para que seja criado espaço de reconciliação que permita a restauração plena e efetiva dos efeitos causados pela prática delitiva.

A vítima da prática delitiva pode se encontrar em qualquer fase da curva descrita supra. Porém, todas as fases devem ser percorridas, para que se tenha obtido efetivo auxílio na cura do trauma causado pela prática delitiva e na formação da sua resiliência.

Em outras palavras, o *tempo da vítima* não pode se submeter a limitadores cronológicos, tais como o prazo de seis meses para oferecimento de queixa-crime, no caso de ação penal privada, ou para oferecimento de representação nas hipóteses em que a lei exige representação, especialmente no caso de crimes graves.

Da análise da ferramenta STAR exposta acima, é possível se apreender que há o momento certo, oportuno para cada vítima reestabelecer a conexão com a sociedade, restaurando todos os efeitos causados pela prática delitiva. Em manifesta afronta ao tempo da vítima, o processo penal mensura em dias ou meses o tempo para a prática de determinado ato processual, obedecendo a uma lógica sequencial. Ao quantificar em termos cronológicos o momento para a prática dos atos processuais (*Khronos* − em grego Χρόνος), a conscientização da vítima do trauma que padeceu e a formação de sua resiliência percorrem caminho não necessariamente sequencial da verdade, misericórdia, justiça e paz. Trata-se, portanto, do tempo certo (Kairós − em grego καιρός).

Na gestão do Projeto Avarc, realizamos diretamente vinte e seis atendimentos, que envolviam delitos sexuais praticados em contextos religiosos e lesões corporais físicas e psíquicas praticadas por médico contra seus pacientes. Das escutas procedidas, foi possível concluir que os dispositivos relacionados à fixação cronológica não foram recepcionados pela CF por atentarem contra a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CF).

Nessa linha de raciocínio, o instituto da decadência, que extingue o direito material de punir, é um prazo estabelecido pelo Estado contra as vítimas de crimes, sendo eminentemente revitimizador e lesivo à obtenção da paz social. Inúmeras podem ser as razões pelas quais delitos praticados diretamente contra direitos da personalidade das vítimas não são exercidos no tempo cronológico: ausência de conscientização de que foi praticado um injusto penal contra si; vulnerabilidade da vítima; falta de confiança na polícia, Ministério Público e Poder Judiciário.

O prazo decadencial é importante fator de revitimização, pois, especialmente em crimes em que o corpo da pessoa é violado, sua mente é aprisionada, razão pela qual a primeira resposta de defesa da vítima é se culpar pelo ocorrido, pois dessa forma retoma o controle do seu destino.

A culpabilização da vítima pelo crime que padeceu é confirmada pelo Estado, quando a resposta penal lhe é negada, pela ausência de exercício *opportuno tempore* do seu direito de representação ou oferecimento de queixa-crime.

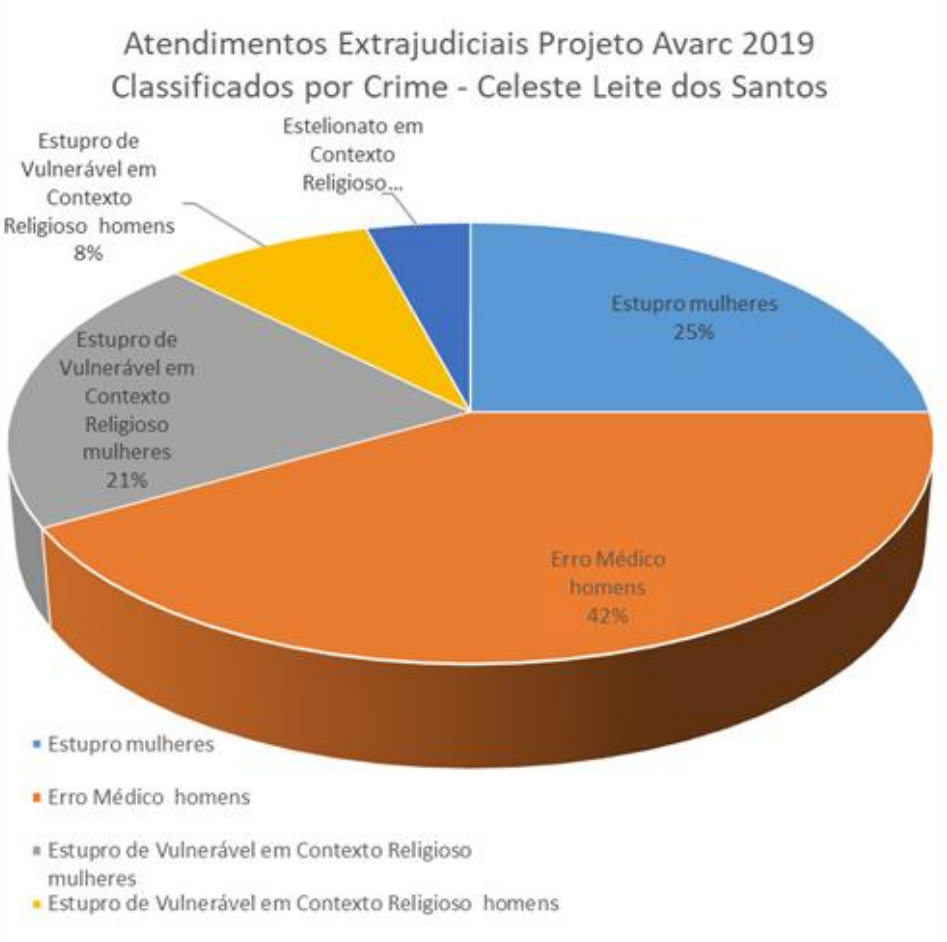
Da mesma forma, a negativa de resposta penal, nos casos em que a vítima acredita que reportou às autoridades competentes o crime ocorrido, constitui importante fonte de revitimização, pois, ao lavrar um boletim de ocorrência, o indivíduo acredita que serão adotadas providências tendentes à responsabilização do ofensor. A fórmula revitimizadora de que a vítima deve confirmar sua manifestação de vontade visando à responsabilização do ofensor é a que gera maior perplexidade. Para o leigo, a exigência de ter que reiterar sua manifestação, vontade de que os fatos sejam apurados (representação), ou de que teria que contratar um advogado para promover a responsabilização do ofensor (queixa-crime), é incompreensível, pois obriga a vítima a novamente vivenciar a experiência traumática, sendo, portanto, manifestamente atentatória à dignidade da pessoa humana.

Assim, enquanto a prescrição é um prazo estabelecido contra o Estado para que exercite seu direito de punir e, portanto, visa a garantir a segurança dos cidadãos contra punições arbitrárias, a decadência é prazo estabelecido pelo Estado contra o cidadão que tinha o dever de proteger, razão pela qual tais regras devem ser tidas como não recepcionadas em nosso ordenamento jurídico, com o advento da CF de 1988.

As violações à dignidade da pessoa humana praticadas pelo autor de uma prática delitiva ou pelo próprio Estado (vitimização secundária) são atos atentatórios aos direitos de personalidade dos indivíduos, violando, por conseguinte, a CF.

O acesso direto da vítima ao promotor de justiça é uma das ferramentas-chave adotadas pelo Projeto para o combate à subnotificação de crimes. Os atendimentos extrajudiciais realizados são mostrados na Figura 7 seguinte.

Figura 7 – Atendimentos na fase pré-processual



Por fim, cumpre destacar que na condução da escuta especializada de vítimas, são utilizadas técnicas que permitam compreender a totalidade do crime praticado, de sorte a abranger, para além da norma penal defraudada, os aspectos inerentes ao conflito, violência e trauma subjacentes, consoante mostra a Figura 8.

Figura 8 – Âmbito de intervenção do Projeto AVARC

PROJETO AVARC
Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos

3.9.2 Reparação do dano

As medidas tendentes à reparação do dano ocorrido são tomadas pelo Projeto Avarc nas hipóteses em que há o oferecimento de denúncia ou de acordo de não persecução penal. Tendo em vista que a segunda hipótese visa à elaboração mais ampla de plano de restauração da prática delitiva, passamos a detalhar a atuação dos promotores de justiça integrantes do Projeto nas Promotorias de Justiça Criminais da Capital (SP).

Em cumprimento ao artigo 387, inciso IV, do CPP, foram feitos na Capital, no período de janeiro a outubro de 2019, 236 pedidos de estabelecimento de danos mínimos, por ocasião da prolação de sentença penal condenatória, sendo 49% do sexo masculino, 44% do sexo feminino e 7% de pessoas jurídicas, consoante mostra a Figura 9 seguinte.

Figura 9 – Atendimentos na fase processual

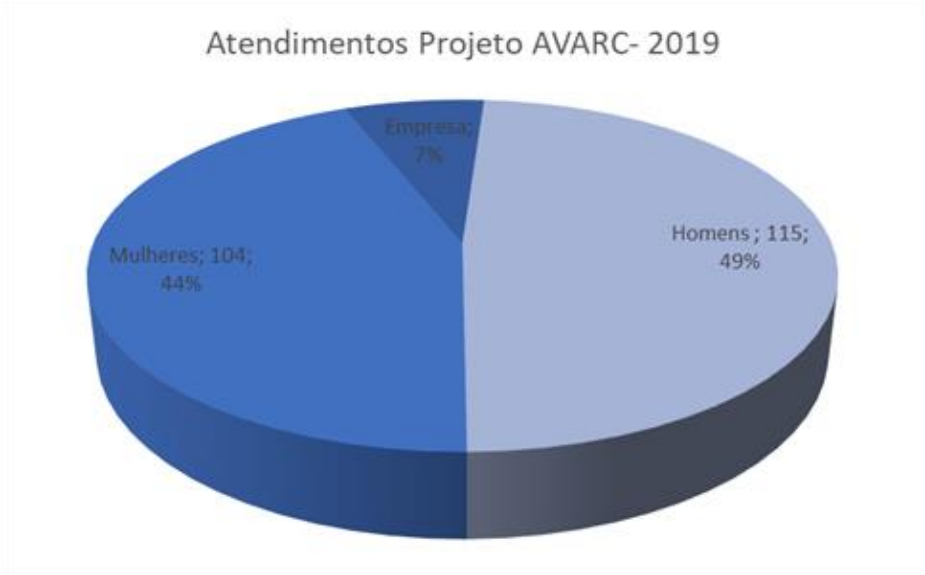
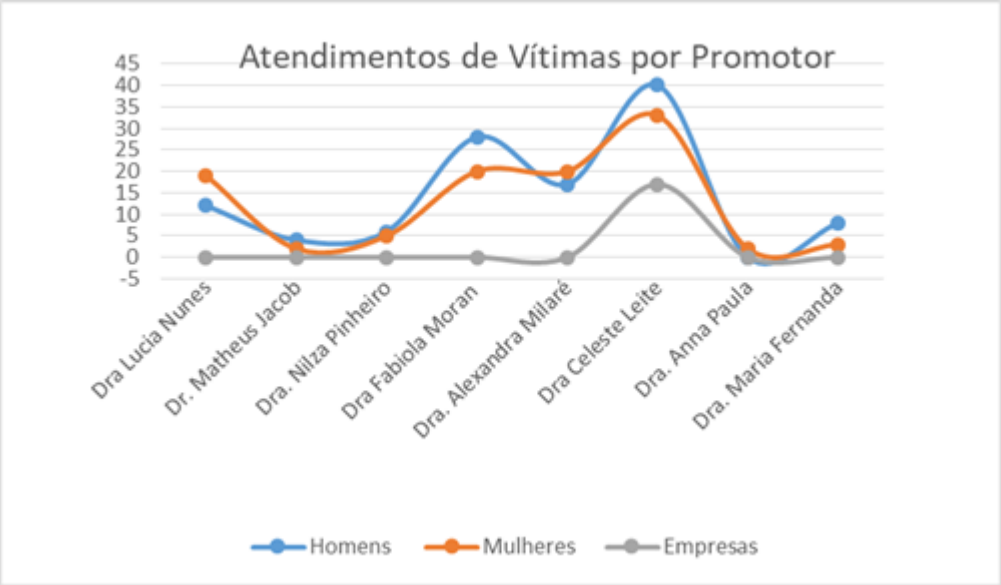
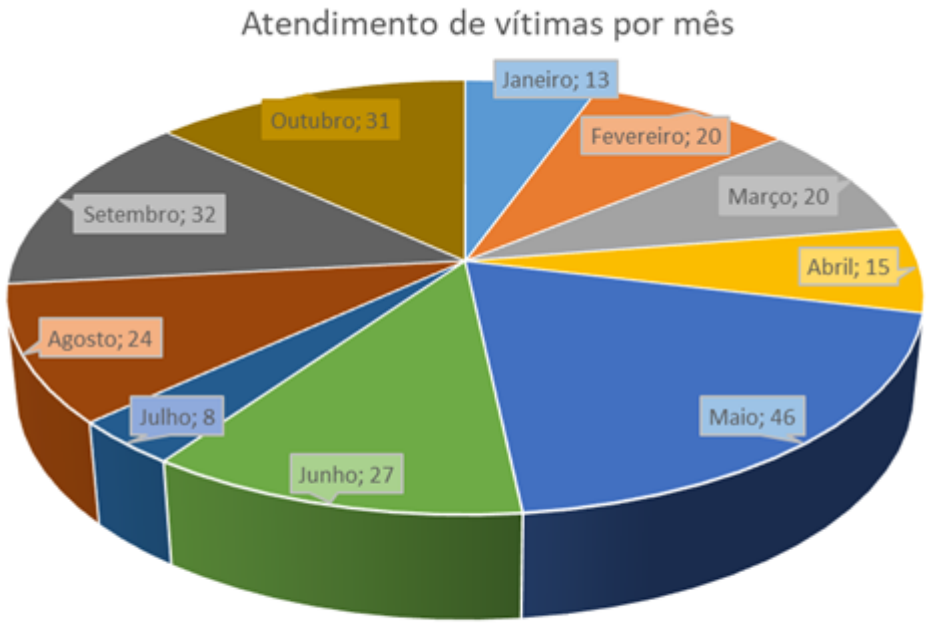


Figura 10 – Atendimentos de vítimas por promotor



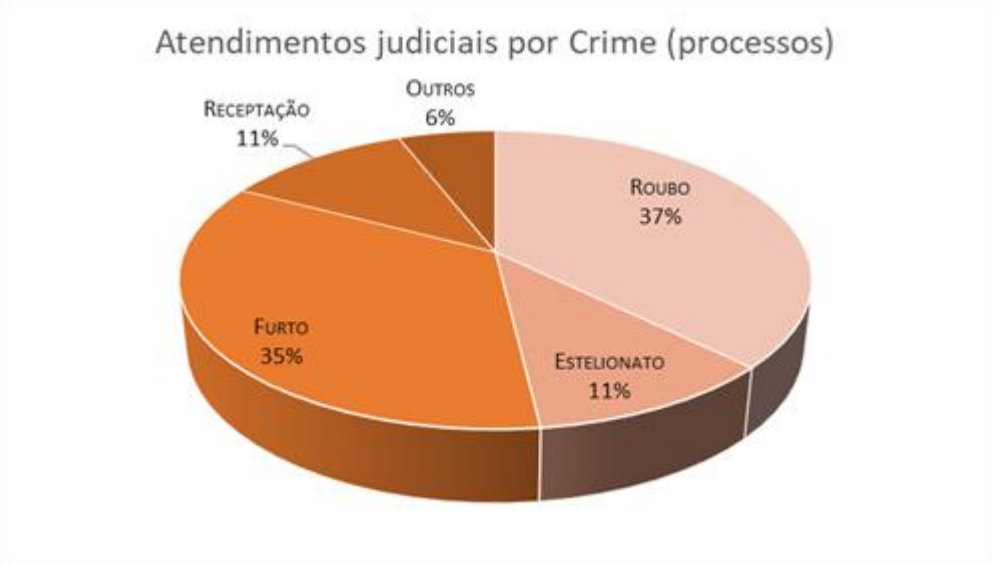
Os atendimentos na fase processual realizados podem ser visualizados na Figura 11.

Figura 11 − Atendimentos de vítimas por mês



Com relação aos tipos penais abrangidos pelos pedidos de indenização, 94% se referem a práticas de delitos patrimoniais, como indica a Figura 12.

Figura 12 − Atendimentos judiciais por crime



Conquanto o mecanismo compensatório constitua importante medida de proteção à vítima, por si só não é ferramenta hábil para romper o ciclo vitimizatório existente, pois, em resposta ao questionário preenchido pelas vítimas de crimes (vide modelo de fichas de atendimento na Cartilha anexa), 50% revelaram que a reparação material pelo delito sofrido não modificariam o sentimento que possuíam em relação à prática delitiva, 31% aduziram que talvez modificassem o sentimento que possuíam, e apenas 19% responderam positivamente.

Por meio da amostragem realizada, verifica-se a impossibilidade da unificação dos injustos penal e cível convertendo a reparação material do dano como resposta única estatal às práticas delitivas, consoante sustentado no curso deste trabalho. Portanto, a adoção do mecanismo automático da compensação como resposta única à prática de crimes não permitirá a obtenção da paz social. Aliás, a análise histórica da pena já revelou que essa modalidade de resposta não é suficiente para que haja a convivência harmônica dos indivíduos reunidos em sociedade. Ao revés, como sustentado no Capítulo 1, se faz necessária a conjugação dos aspectos repressivos, preventivos, reparatórios e restaurativos.

3.9.3 Medidas de proteção

Dentre as medidas protetivas de saúde e de assistência social desenvolvidas pelo Projeto, pode ser mencionada a escuta, realizada em conjunto com psicólogos voluntários ou do Centro de Referência e Apoio às Vítimas de Violência (CRAVI) da Secretaria da Justiça do Governo do Estado de São Paulo.

A escuta compartilhada tem possibilitado nítidos resultados restauradores, já por ocasião da escuta das vítimas, por possibilitar que, em um único ato, sejam relatados os aspectos objetivos e subjetivos da prática delitiva.

Constatada a necessidade de acompanhamento mais próximo da vítima, o CRAVI diretamente, ou a pedido do Ministério Público, realiza encaminhamento à sua rede credenciada ou ao sistema SUS/SUAS.

Também são utilizadas ferramentas restaurativas de conferência com vítimas de delitos, de acordo com o tipo de delito praticado, em conjunto com voluntários do Projeto AVARC. As medidas adotadas visam a fornecer aportes que permitam que a vítima desenvolva resiliência e retome suas atividades habituais anteriores à prática delitiva.

3.9.4 Medidas de participação e de informação

O Projeto Avarc *faculta* a vítimas de crimes a participação na fase extraprocessual e processual da prática delitiva. A participação pode ser realizada pessoalmente, por *e-mail*, videoconferência, ou mesmo por advogado, nos procedimentos investigatórios criminais instaurados. Isso decorre da superação da relação bilateral Estado/ofensor.

Na fase extraprocessual, é encaminhado convite à vítima para participar de sessão de mediação penal, ou facultada a indicação da forma como deseja ser reparada pelo dano sofrido. Ao ofensor também é encaminhado convite para participação de sessão de mediação penal, facultada a constituição de advogado ou, no caso de impossibilidade econômica, o Projeto conta com voluntários para assisti-lo.

3.9.5 Controle externo da atividade policial

O controle externo da atividade policial é realizado na forma difusa, com base na estratégia de atendimento universal às vítimas de crimes, controle dos pedidos de prorrogação de prazos formulados pela autoridade policial, diligências concretas realizadas, sendo expedidas recomendações para aprimoramento da atividade policial, em conformidade com a Resolução n. 20/2007 do CNMP.

3.9.6 Considerações finais

Da análise precedente, conclui-se que as consequências penais da prática de crimes são insuficientes para o combate à criminalidade e ao risco da vitimização.

Com o escopo de contribuir para o aprimoramento das respostas penais à prática delitiva pelo Estado, detentor do monopólio do uso da força legítima, foi desenvolvido o Projeto AVARC.

O convite para participação de vítimas e sociedade, seja na fixação das consequências penais, como nas consequências extrapenais à prática delitiva, vem ao encontro da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1985 sobre as vítimas de crimes e abuso de poder.

CONCLUSÕES

O presente trabalho foi desenvolvido de forma a possibilitar uma resposta atinente à ingerência penal adequada à restauração dos bens jurídicos individuais e coletivos violados pela prática do injusto penal.

Na consecução desse objetivo, destacamos a necessidade de integração dos *deveres de solidariedade* previstos na CF. Ela consagra no seu terceiro artigo que o Brasil é uma república empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Gomes Canotilho sustenta que o Estado de Direito Democrático visa à realização de democracia econômica, social e cultural:

> O princípio da democracia econômica, social e cultural tem a mesma dignidade constitucional do Estado de direito e da democracia política [... e apresenta] duas dimensões específicas a esses dois princípios: (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia economicamente social e cultural é um objetivo a realizar no contexto de um processo político aberto e, por isso, ela apresenta-se como um fim do Estado; (2) uma dimensão impositiva constitucional, pois muitas de suas concretizações assentam no cumprimento dos fins e tarefas por parte de órgãos de entidades públicas.[367]

Em matéria penal, concluímos que para atingir essa finalidade, o Estado é depositário do dever de atribuir segurança aos seus cidadãos, intervindo na ordem econômica e social, devendo desenvolver políticas públicas que contemplem ao mesmo tempo *medidas preventivas ao risco da vitimização e ao risco da delinquência*, por serem fenômenos indissociáveis.

As verdadeiras dignidade e igualdade social não serão passíveis de serem obtidas tão somente por meio de sua ponderação com a liberdade dos cidadãos, mas pelo seu contraponto com os deveres de solidariedade ínsitos ao pacto social. Portanto, o equilíbrio de ambos os valores constitucionais não é passível de ser obtido em sua forma estática, mas tão somente em função da dinâmica interativa entre eles.

Na seara penal, os deveres de solidariedade se revelam pelo compartilhamento do *risco* inerente à vida em sociedade, ante a complexidade das relações existentes. Nessa perspectiva, não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade ou da subsidiariedade na

[367] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 319.

elaboração de tipos de perigo omissivos e normas penais em branco. Tal constatação parte da necessidade de tutela não apenas de bens jurídicos individuais clássicos, tais como a vida e o patrimônio, mas também de bens jurídicos coletivos que permitam garantir a própria subsistência do ser humano (*v.g.* tutela do meio ambiente), da ordem econômica (*v.g.* delitos de lavagem de dinheiro e tributários), da ordem social (*v.g.* combate a todas as formas discriminatórias que produzam desigualdades sociais) e do próprio Estado (*v.g.* delitos de terrorismo).

As contribuições das teorias funcionalistas para a nova compreensão da teoria do delito são inegáveis, ante a prevalência da dimensão econômica nas relações sociais estabelecidas. Não concordamos, entretanto, com a aplicação pura e simples do princípio da autorresponsabilidade como forma de exclusão do injusto penal, uma vez que tal proceder é, por si só, revitimizador e causador de desigualdades e injustiças sociais. Há que se perquerir o contexto social em que a vítima se encontrava inserta e os fatores de vulnerabilidade social envolvidos. A esse respeito, Carnelutti aponta:

> *Humanidade da instituição penal* – Se, em geral, o fim do direito é reduzir a economia à ética, não há entre seus diferentes ramos um em que mais puramente se manifeste esse fim que no direito penal. Disso se segue que nenhum outro ramo sofre, como o direito penal, da dificuldade e inclusive inexequibilidade do fim e, portanto, da distância inevitável entre o fim e o resultado. Devendo-se tudo isso à natureza do homem, falamos aqui, para indicar a razão desse limite, da humanidade da instituição penal. [368]

Adota-se a concepção de que a restauração dos efeitos causados pela prática delitiva resulta da aplicação do sistema integral de direito penal, ao qual devem ser incorporadas práticas consensuais de responsabilização entre o casal criminal, tais como o acordo de não persecução penal e a imposição negociada de pena. A sociedade deve participar da elaboração do consenso através de seu *ombudsman*, que é o Ministério Público, sem prejuízo da integração da perspectiva comunitária, no caso de ofensa a bens jurídicos coletivos. Nordenstahl destaca a importância da integração de perspectiva protetiva da vítima:

> Atualmente e local de inumeráveis pesquisas científicas realizadas ficou demonstrado o rotundo fracasso do princípio da legalidade; e se a esse somamos a revalorização que por estes tempos tem tomado o estudo vitimológico e o paulatino retorno às formas acusatórias de fazer justiça, se adverte um crescente interesse pelos sistemas que, privilegiando a demanda da vítima, devolvem aos particulares um papel de protagonista na solução pacífica de conflitos, sobretudo nos de menor

[368] CARNELUTTI, Francesco. *O delito.* Campinas: Péritas, 2002. p. 51.

> intensidade ou baixa repercussão ou dano social. [...] Não pretendemos de nenhuma maneira a abolição total do direito penal, senão sua substituição por outros meios de controle e sanção. Falamos da busca e construção do sistema penal que se perceba como justo, tanto do ponto de vista do autor como do ponto de vista da vítima e da comunidade em seu conjunto, e que resulte igualmente eficaz.[369]

Nesse diapasão, a visão de que o mero ajuste de vontades, sem a intervenção estatal, tem o condão de restaurar o dano causado pela violação do bem jurídico tutelado, é insuficiente para a obtenção da pacificação social. *Ad primum*, porque implica na adoção do entendimento do conceito material de crime como lesão a direito subjetivo, em franca oposição à tutela de bens jurídicos individuais e coletivos. *Ad secundum*, porque a própria CF estabelece que a segurança pública é dever do Estado e da sociedade, razão pela qual deve ser criada forma integrada de tutela do bem jurídico que resulte da união de esforços de todos. *Ad tertium*, porque o representante constitucional da sociedade é o Ministério Público, que deverá atuar de forma igualmente parcial em relação a ambos os atores do delito. Por conseguinte, se faz necessária a integração ao injusto penal culpável da possibilidade de sua restauração, a fim de obter a paz social, rompendo-se o ciclo de violência gerado pelo risco vitimizatório e delinquencial.

Nesse viés, o conceito material de crime identifica-se com a proteção de bens jurídicos, apartando-se dos direitos subjetivos, com sua vertente mais moderna de proteção do direito objetivo. A categoria injusto penal restaurável permite entender o crime como ofensa a bem jurídico tutelado, que acarreta traumas, violência e conflitos sociais.

Assim, a ingerência penal é legitimada pela violação a bens jurídicos de natureza coletiva ou individual, o que faz surgir o direito da vítima ou da comunidade ao restabelecimento do equilíbrio social que foi rompido.

A política criminal, frente às contemporaneidades relatadas, deve discutir não apenas a necessidade da intervenção penal, mas sua racionalidade e a proporção da reação.

Nessa linha de raciocínio, uma releitura do princípio da intervenção mínima, à luz da ingerência penal, permite afirmar que ela é necessária ao restabelecimento da paz social e defende os valores expressos na CF, com participação ativa das instituições inerentes a uma

---

[369] NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. *Mediación penal*: de la práctica a la teoría. Buenos Aires: Libreria Histórica, 2005. p. 29. Nossa tradução.

eficaz gestão da administração da justiça, que não coincide com a pura e simples gestão do Poder Judiciário. O olhar integrado das instituições dá novo impulso social ao rompimento dos ciclos de violência traumatizantes advindos da prática delitiva.

Os bens jurídicos eleitos pelo legislador permanecerão íntegros. A resposta estatal é que atenderá aos anseios de maior justiça social, com oportunidade de intervenção que assegure o rompimento do ciclo de violência existente na sociedade. A ameaça de pena é necessária para a manutenção do pacto civilizatório, porém, não é uma consequência obrigatória, salvo nos casos dos mandados de criminalização expressos.

Em síntese, o injusto penal restaurável constitui nova categoria jurídica que estabelece instância intermediária entre o direito de punir estatal e os atores sociais envolvidos. A pena privativa de liberdade, exceto nas hipóteses previamente eleitas pelo legislador, atuará como cláusula de reserva, ficando adstrita às hipóteses em que todas as tentativas de restauração dos bens jurídicos individuais ou coletivos defraudados pela violação a norma penal foram frustradas.

REFERÊNCIAS

ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado "Derecho penal del enemigo" y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. *In*: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006. v. 1, p. 53-78.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade*: introdução à jurisprudência. Colaboração de Eduardo Vera Cruz. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ALFORD, Fred C. PTSD is a culturally bound concept. *In*: ALFORD, Fred C. *Trauma, culture, and PTSD*. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 5-30. *E-book*.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed., com adaptações à Constituição Federal de 1946 e aos Códigos de Processo Civil e Penal por João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ALONSO SALGADO, Cristina. Justicia penal consensuada: breve aproximación al pateggiamento en el caso italiano. *In*: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.); TORRADO TARRÍO, Cristina (coord.). *La mediación*: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. Madrid: Wolters Kluwer, 2013. p. 423-450.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*: DSM-V. 5. ed. Revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli (coord.); Christian Kieling [*et al.*]. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Social psychology*. 9th ed. Boston: Pearson, 2016.

ARROM LOSCOS, Rosa. *Aproximación a la mediación penal, líneas rojas*: violencia de género y mediación penal, ¿un reto de futuro? Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O controle pelo Ministério Público das políticas de segurança pública. In: DUARTE, Antônio Pereira *et al*. (org.). *O Ministério Público e o controle externo da atividade policial*: dados 2016. Brasília: CNMP, 2017. p. 24-31. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2017/Livro_controle_externo_da_atividade_policial_internet_atual.pdf. Acesso em 26.10.2019.

BACA BALDONERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BARGE, Elaine Zook. *Vila Star*: quebrando os ciclos de violência: construindo indivíduos e comunidades sadias. Tradução: Silvana Pena. Harrisonboug: Eastern Mennonite University, 2018. [Material didático do curso Vila Star I].

BARONA VILAR, Silvia. Esquizofrenia en la justicia penal: entre el expansivo derecho penal, la búsqueda de la minimización del proceso y el impulso de la mediación penal. *In*: SIGÜENZA LÓPEZ, Julio; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (dir.). *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017. p. 187-218.

BARONA VILAR, Silvia. Mediación penal: integración de la mediación en la justicia penal: supostos especiales. *In*: PARDO IRANZO, Virginia; MONTERO AROCA, Juan; BARONA VILAR, Silvia. *La mediación*: algunas cuestiones de actualidade. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 250-300.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo1.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimología*: nueve palabras clave. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei Estadual n. 130/2016. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1306813. Acesso em: 22 set. 2019.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Turim: UTET, 1973. v. 19, p. 39-41.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Forense: Rio de Janeiro, 2003. v. 1.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006. 2 v.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nace el derecho*. Buenos Aires: El Foro, 2006.

CARUTH, Cathy. *Listening to trauma*: conversations with leaders in the theory and treatment of catastrophic experience. Baltimore, MD: John Hopkins University Press, 2014.

CARUTH, Cathy. *Trauma*: explorations in memory. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

CARUTH, Cathy. *Unclaimed experience*: trauma, narrative, and history. Baltimore: John Hopkins University Press, 1996.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*: a caminho dos Gulags em estilo ocidental. Tradução: Luis Leiri. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CONFORTI, Franco. *El hecho jurídico restaurable*: nuevo enfoque en derecho penal. Madrid: Editorial Dykinson, 2019.

COSTA, Arthur Trindade M.; LIMA, Renato Sérgio de. Estatísticas oficiais, violência e crime no Brasil. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais − BIB*, São Paulo n. 84, p. 81-106, 2/2017 (publicada em abril de 2018). Disponível em: https://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-84/11101-estatisticas-oficiais-violencia-e-crime-no-brasil/file. Acesso em: 01 ago. 2019.

COUSO SALAS, Jaime; WERLE, Gerhard. Introducción. In: COUSO SALAS, Jaime; WERLE, Gerhard (dir.). *Intervención delictiva en contextos organizados*: Humboldt-Kolleg Santiago 2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 15-20.

CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo*: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico. Granada: Editorial Conares, 2002.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*: uma perspectiva de criminalização e descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAMÁSIO, António Rosa. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução: Dora Vicente, Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ECO, Umberto. Verso un nuovo medioevo. *In*: ECO, Umberto. *Dalla periferia dell'imperio*: cronache da un nuovo medioevo. Milano: Bompiani, 2003. p. 189-214.

EGLASH, Albert. Beyond restitution: creative restitution. *In*: HUDSON, Joe; GALAWAY, Burt (ed.). *Restitution in criminal justice*: a critical assessment of sanctions. Lexington, MA: Lexington Books, 1977.

FATTAH, Ezzat Abdel. Towards a criminological classification of victims. *International Criminal Police Review*, v. 209, p. 162-169, 1967.

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

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 156, p. 25-34, out/dez 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et al*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coordenação e edição: Marina Baird Ferreira; Margarida dos Anjos. 5. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON. Bruce. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução: Ricardo Vasques Vieira. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

FUENTES, Pilar. Ley Orgánica del Poder Judicial y Mediación. *Revista del Consejo General de Procuradores de España*, Madrid, n. 115, p. 19-20, enero, 2016. Disponível em: https://www.cgpe.es/wp-content/uploads/2017/12/Revista115.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

FURTADO, Regina Fonseca. *Carteles de núcleo duro y derecho penal*: ¿por qué criminalizar las colusiones empresariales? Buenos Aires: Euros Editores; BdeF, 2017.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZM Editora, 2003. v. 1.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri, SP: Manole, 2003.

GERBER, Daniel. Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 820, 01 out. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7340/direito-penal-do-inimigo. Acesso em: 05 jul. 2019.

GOLEMAN, Daniel. *Emotional intelligence*. Nueva York: Bantam Books, 1995.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Criminal omissions: a european perspective. *New Criminal Law Review*, v. 11, No. 3, p. 419–451, Aug. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/240761653_Criminal_Omissions_A_European_Perspective. Acesso em: 18 set. 2018.

GÓMES-SEGADE GONZÁLEZ, Elena; MARCOS, Esther Peres. La mediación en el proceso penal español: hacia una realidade más efectiva. *In*: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.); TORRADO TARRÍO, Cristina (coord.). *La mediación*: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. Madrid: Wolters Kluwer España, 2013. p. 191-228.

GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. Víctima vulnerable y protocolos de actuación: tratamiento de la violencia de género por el personal sanitario. *In*: BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; POZO PÉREZ, Marta del (dir.); GONZÁLEZ MONJE, Alicia (coord.). *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables*: aspectos interdisciplinares. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 329-352.

GULOTTA, Guglielmo. *La vittima*. Con la collaborazione di Marco Vagaggini. Milano: Giuffrè, 1976.

HARTMAN, Matthew; LYONS, Aaron. *Victim offender conferencing*: facilitator training manual. Tradução: Silvana Pena. Harrisounbourg, VA: Center for Justice and Peacebuilding; Just Outcomes, 2019.

HASSEMER, Winfried. Prefácio. *In*: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 9-13.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución a la criminologia y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

HERMAN, Judith Lewis. *Trauma and recovery*. New York, NY: Basic Books, 1997.

HERRERA MORENO, Myriam. Presentación. A propósito de espejos y victimidad. HERRERA MORENO, Myriam (dir.). *La víctima en sus espejos*: variaciones sobre víctima y cultura. Barcelona: Bosch, 2018. p. 35-44.

HERRERA MORENO, Myriam. Victimación: aspectos generales. *In*: BACA BALDONERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 51-78.

HERRERA MORENO, Myriam (dir.). *La víctima en sus espejos*: variaciones sobre víctima y cultura. Barcelona: Bosch, 2018. (Colección Humanismo y Criminología).

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

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *In*: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción: Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González; Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997. p. 293-324. Disponível em: https://www.scribd.com/document/6714207/CriminalizaciOn-en-El-Estadio-Previo-a-La-LesiOn-de-Un-Bien-dico-gUnter-Jakobs. Acesso em: 01 nov. 2019.

JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción: Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González; Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenador e supervisor: Luiz Moreira; tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La llamada victimología. *In*: *Estudios de derecho penal y criminología, 1*. Buenos Aires: Omeba, 1961.

JOUTESEN, Matti. *The role of victim in the European criminal justice system*: a cross-national study of the role of victim. [Doctoral dissertation]. 1987. (Helsinki Institute for Criminal Prevention and Control, Helsinki, 11).

JUCÁ, Beatriz. Dor e superação em Suzano, a árdua luta das vítimas contra as sequelas do massacre. *El País*, de 04 jul. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/24/politica/1561391416_997865.html. Acesso em: 27 jul. 2019.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*: parte geral: introdução, relação jurídica, defesa dos direitos. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 1.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KARMEN, Andrew. *Crime victims*: an introduction to victimology. 5th ed. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning, 2004.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción: Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LAUFER, Cristian. *Da lavagem de dinheiro como crime de perigo*: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito) − Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/32225/R%20-%20D%20-%20CHRISTIAN%20LAUFER.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 set. 2018.

LESCH, Heiko Hartmut. *El concepto de delito*: las ideas fundamentales de una revisión funcional. Traducción: Juan Carlos Gemignani. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1.

LONDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES, Mariana Cardoso. Câmara dos Deputados aprova projeto que criminaliza o assédio moral no local de trabalho. *Migalhas*, 18 abr. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI300545,71043-Camara+dos+Deputados+aprova+projeto+que+criminaliza+o+assedio+moral. Acesso em 05 ago. 2019.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*: da justiça penal: princípios e normas, órgãos e funções: da jurisdição penal e da competência. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*: da ação penal: elementos de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Contribuições para a compreensão do nazismo*: a psicanálise e Erich Fromm. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; AGUILÓ LÚCIA, Luís. *Lecciones de derecho constitucional español*: la constitución. Valencia: Fernando Torres, 1981. v. 1.

MATIAS, Flávia Hagen. Democracia na Europa em crise: relações tensionais entre mercado, estado e sociedade. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1, Porto Alegre, RS, 2017. *Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Organizadores: Rogério Gesta Leal; Anízio Pires Gavião Filho. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), 2017. p. 343-366. Disponível em: http://biblioteca.fmp.edu.br/pergamum/vinculos/000000/0000009c.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

MIGUEL BARRIO, Rodrigo. *Justicia restaurativa y justicia penal*: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019.

MINAGÉ, Thiago M. *Inconstitucionalidade do art. 28 do CPP*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-do-art-28-do-cpp. Acesso em: 26 out. 2019.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

NAGAMINE, Lucas Civile. *Estado de bem-estar social e Estado liberal*: qual a diferença? Disponível em: http://www.politize.com.br/estado-de-bem-estar-social-e-estado-liberal-diferenca/. Acesso em: 11 set. 2018.

NANES, Fecundo; NIRO, Mateo. *Usar el cerebro*: conocer nuestra mente para vivir mejor. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2014.

NASCIMENTO JÚNIOR, Jaime Meira do. *A integridade física e sua proteção jurídica no direito romano*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. v. 3.

NEUMAN, Elías. *Victimología*: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1984.

NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. *Mediación penal*: de la práctica a la teoría. Buenos Aires: Libreria Histórica, 2005.

NUCCI, Guilherme. Qual o efeito da sentença penal condenatória no cível? 24 jan. 2016. Disponível em: http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qual-o-efeito-da-sentenca-penal-absolutoria-no-civel. Acesso em: 19 out. 2019.

OLALDE ALTAREJOS, Alberto José. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*. Madrid: Dykinson, 2017.

ORDEÑANA GUEZURAGA, Ixusko. Prólogo. *In*: ARROM LOSCOS, Rosa. *Aproximación a la mediación penal, líneas rojas*: violencia de género y mediación penal, ¿un reto de futuro? Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 11-15.

PASCHOAL. Janaina Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PEREIRA, Claudio José Langroiva (coord.). Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019.

PEREIRA, José Higino Duarte. Prefácio. In: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1. p. 6-44.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El bien jurídico en el derecho penal. *In: Anales de la Universidad Hispalense*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974. (Serie Derecho, v. 19).

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria-Geral da República. Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

PRANIS, Kay. *The little book of circle processes*: a new/old approach to peacemaking. New York: Good Books, 2005.

PRINS, Adolphe. *Criminalidad y represión*: ensayo de ciencia penal. Santiago: ARA Editores, Ediciones Olejnik, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. Prefácio: A polêmica devida. *In*: PASCHOAL. Janaina Conceição. *Ingerência indevida*: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 9-11.

REDONDO ILLESCAS, Santiago. Prólogo. Al otro lado del espejo del delito, desde los agresores a las víctimas. HERRERA MORENO, Myriam (dir.). *La víctima en sus espejos*: variaciones sobre víctima y cultura. Barcelona: Bosch, 2018. p. 17-34.

REIS JÚNIOR, Almir Santos. Constituição e crime. *In*: PONTE, Antonio Carlos da (coord.); CASTRO, Wellington Clair de (org.). *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1, p. 1-26.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Organização e tradução: Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre arbítrio e direito penal*: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos, la estrutura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1. ed., 5. reimpr. Madrid: Civitas, 2008. v. 1.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. 2. ed. rev., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

ROXIN, Claus. Pena y reparación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, v. 52, p. 5-15, 1999. Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/1999_fasc_I_Parte1.pdf. Acesso em: 01 nov. 2019.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Justiça penal*: princípios, história e finalidade da pena. [São Paulo: *s. n.*], 2019.

SANTOS, Celeste Leite dos. *Crimes contra o meio ambiente*: responsabilidade e sanção penal. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Celeste Leite dos. *Da imprescritibilidade dos delitos contra a liberdade sexual nos casos de vulnerabilidade coletiva*. Clipping MPD – Estadão, 27 dez. 2018. Disponível em: https://mpd.org.br/clipping-mpd-estadao-artigo-da-imprescritibilidade-dos-delitos-contra-a-liberdade-sexual-nos-casos-de-vulnerabilidade-coletiva/. Acesso em 10 fev. 2019.

SANTOS, Celeste Leite dos. Ingerência penal como instrumento de política de segurança pública. *In*: PEREIRA, Claudio José Langrova (coord.). *Segurança pública, instituições democráticas e seus elementos históricos, políticos e econômicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 79-89.

SANTOS, Celeste Leite dos. *Mediação para o divórcio*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SANTOS, Celeste Leite dos. O Projeto Avarc como estratégia preventiva à vitimização. *Revista Consultor Jurídico*, de 29 jul. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jul-29/mp-debate-projeto-avarc-estrategia-preventiva-vitimizacao. Acesso em: 20 out. 2019.

SANTOS, Celeste Leite dos. A tutela da dignidade e liberdade sexual como mínimo vital inerente à dignidade humana. *In*: SANTOS, Celeste Leite dos; ARAUJO, Marilene (coord. e org.). *Declaração Universal dos Direitos Humanos 70 anos depois*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 29-52.

SANTOS, Celeste Leite dos; ELIAS, Pedro Eduardo de Camargo. Não foi apenas importunação: breve ensaio sobre a necessidade de implantação de um novo tipo penal visando a plena proteção da liberdade sexual. *Migalhas*, de 05 set. 2017. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264886,91041-Tese+juridica+Direito+Penal. Acesso em: 05 out. 2019.

SANTOS, Celeste Leite dos; ELIAS, Pedro Eduardo de Camargo. O papel do Ministério Público no acolhimento às vítimas de crimes. *Revista Consultor Jurídico*, de 25 mar. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-25/mp-debate-papel-ministerio-publico-acolhimento-vitimas-crimes. Acesso em: 19 out. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 8. ed., rev. e ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SCHAFER, Stephen. *Victimology*: the victim and his criminal. Reston, VA: Reston Publishing Company, 1977.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1, Porto Alegre, RS, 2017. *Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Organizadores: Rogério Gesta Leal; Anízio Pires Gavião Filho. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), 2017. Disponível em: http://biblioteca.fmp.edu.br/pergamum/vinculos/000000/0000009c.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

SERRANO MASIP, Mercedes. Medidas de protección de las víctimas. *In*: HOYOS SANCHO, Montserrat de (coord.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales.* Navarra: Thomas Reuters Aranzadi, 2017. p. 135-170

SHAPLAND, Joanna; CRAWFORD, Adam; GRAY, Emily; BURN, Daniel. *Learning lessons from Belgium and Northern Ireland*. Sheffield: Centre for Criminological Research, University of Sheffield, 2017. (Occasional Paper 6). Disponível em: https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.714948!/file/Comparative-report-publication.pdf. Acesso em 08 nov. 2019.

SHARPE, Susan. *Como a justiça restaurativa repara danos sem se basear em punição*. Entrevista a Juliana Domingos de Lima, 22 mar. 2018, Nexo Jornal. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2018/03/22/Como-a-justi%C3%A7a-restaurativa-repara-danos-sem-se-basear-em-puni%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 08 nov. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María. (ed.). *Dogmática, política criminal y criminología en evolución*. Granada: Comares, 1997. p. 309-323.

STOLFI, Giuseppe. *Il negozio giuridico è un atto di volontà*. Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, Disp. 3, parte IV, 1948. Torino: UTET, 1948.

STRATEGIES FOR TRAUMA AWARENESS AND RESILIENCE (STAR). *Level I training*. Harrisonburg, VA: Eastern Mennonite University, SPI 2019.

TAMARIT SUMALLA, Josef Maria. La victimología: cuestiones conceptuais y metodológicas. *In*: BACA BALDONERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josef Maria (coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 17-50.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed., rev. e ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 1991.

TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petropólis: Vozes, 1994.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos*: proteção penal, fundamentação e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Handbook on restorative justice programmes*. New York: United Nations, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf. Acesso em: 01 nov. 2019.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (ECOSOC). *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. 2002. Disponível em: http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Editora Romana, 2003.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. *In*: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal*: delito, determinación de la pena y proceso penal. Traducción: Guillermo Benlloch Petit [*et al*.] Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 31-90.

WRIGHT, Walter A. Aportes de la neurociencia para comprender el comportamiento humano en la mediación. *In*: WRIGHT, Walter A. (dir.); AIELLO DE ALMEIDA, María Alba; ALMEIDA, Mario de (coord.). *Abordaje de conflictos*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 223-248.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. Intercourse, PA: Good Books, 2002.

APÊNDICES

Apêndice 1 – Cartilha AVARC

PROJETO AVARC

Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos

CARTILHA destinada a membros e servidores do MPSP

Elaboração: CELESTE LEITE DOS SANTOS

Colaboração: ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES

RESUMO

O Projeto Avarc visa instituir um modelo de gestão integrada para as Promotorias e Procuradorias de Justiça, metodologias, fluxos e rotinas de trabalho, central de atendimento de vítimas em cada Promotoria e/ou Procuradoria de Justiça, ou a partir de iniciativas da sociedade civil, em parceria com o Ministério Público.

Considerando o papel do Ministério Público como detentor do monopólio da ação penal pública, visa-se estabelecer políticas criminais que combatam a vitimização e ofereçam alternativas a autores da prática de delitos não habituais.

METAS

1. REDE: análise das consequências do crime e medidas protetivas (redes internas e externas e depoimento especial).

2. ORIENTAÇÃO JURÍDICA E PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS PROCESSOS (cartas, cartilha, central de informações e atendimento pessoal).

3. MEDIAÇÃO NOS CASOS DE ACORDO: composição civil, reparação dos danos causados e restauração dos efeitos causados pela prática delitiva nos casos de não persecução penal.

4. REPARAÇÃO DO DANO NOS CASOS EM ANDAMENTO: art. 387, inciso IV do CPP; art. 91, I, CP; art. 68 do CPP.

5. REGISTRO DE CASOS: parceria com a Escola Superior do Ministério Público para evitar revitimização e cifras ocultas, sem prejuízo de outras parcerias.

Objetivo geral do projeto

Este projeto visa o combate à vitimização e a subnotificação de delitos, por meio de

> ***"um modelo de gestão para as alternativas penais, incluindo apresentação, histórico da política, diretrizes, princípios, descrição dos atores envolvidos, desenho de fluxos, capacitação, recursos necessários, indicadores e manual de procedimentos, elementos fundamentais para embasar as ações do Departamento Penitenciário Nacional quanto à implementação da política no país".***
>
> ***(DEPEN, 2015, pg 2)***

O processo criminal tradicional se baseia em modelo de intervenção que, em breve síntese, possui duas finalidades: a repressão do fato criminoso a partir da cominação de uma pena à pessoa que praticou a conduta descrita no tipo penal e a prevenção de novos delitos pelos membros da sociedade que se sentiriam desestimulados a delinquir, a partir da verificação da real punição dos infratores. A reparação e restauração do dano causado à vítima (*restitutio in integrum*) não são tratadas como finalidade da pena, impedindo que o próprio autor dos fatos efetue sua autorresponsabilização pelas consequências geradas pelo delito, voltando a assumir papel ativo junto à sociedade.

Visa-se implementar a atuação extrajudicial do Ministério Público, tais como a gestão integrada do fato criminoso, utilizando-se de técnicas de mediação e negociação penal. Parte-se da insuficiência do modelo processual em vigor como resposta a todos os crimes, bem como dos modelos de justiça restaurativa nos moldes em que são propostos atualmente, com exclusão do verdadeiro ator de mudança social que é o Ministério Público por expressa disposição constitucional (arts. 127 e 129 da Constituição Federal).

Considera-se necessário promover a readequação das respostas penais aos fatos criminais, em especial partindo-se da doutrina da proteção integral da vítima.

Este projeto objetiva agregar abordagem que considere metodologias, fluxos de trabalho, a articulação necessária com o sistema de justiça, voluntários capacitados pelo projeto e as redes parceiras para o desenvolvimento dessas práticas, sem prejuízo dos casos em que a resposta estatal processual se faça necessária, integrando-se a reparação e restauração do dano como uma das finalidades da pena.

Busca-se mudar a forma como o sistema penal historicamente se relaciona com os assim considerados "vítima" e "vitimário", observando-se a Estratégia Nacional de Alternativas Penais – ENAPE, pela Portaria nº 2.594, de 24.11.2011, do Ministério da Justiça. Segundo o art. 3º que prevê a criação do SINAPE, as alternativas penais têm por finalidade:

I – o incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução de conflitos;

II – a responsabilização da pessoa submetida à medida e a manutenção do seu vínculo com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais; e

III – a restauração das relações sociais.

Contexto e importância do Projeto

OBJETIVOS GERAIS

Este Projeto tem por objetivos a elaboração de procedimentos relativos ao acompanhamento da aplicação de modelo contratual de gestão de resposta penal à prática de crimes, incluindo mapeamento dos atores, processos de trabalho, descrição de procedimentos, proteção social por meio da criação de central de atendimento de vítimas em todo o Ministério Público, sem prejuízo de

encaminhamentos das vítimas às redes de apoio especializado, assistência social, saúde e profissionalização, gerando-se fluxogramas e rotinas de trabalho.

RESULTADOS ESPERADOS

Consolidação de nova forma de gestão a partir de perspectiva de proteção integral às vítimas de crimes no Ministério Público. Alinha-se estrategicamente metodologia que possibilita fomentar a implantação, o gerenciamento e acompanhamento do projeto, mediante a adesão voluntária total ou parcial pelos membros do Ministério Público, consolidando-se os resultados obtidos por meio do Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.0003.0000193/2019-6.

Caráter inovador do projeto

Desenvolvimento de política de atuação funcional proativa, propositura e consolidação de políticas públicas de amparo a vítimas de crimes, combate à subnotificação de delitos e controle externo do atendimento prestado pelas polícias civil e militar, buscando como resultado a consolidação de práticas e metodologias de reparação do dano causado à vítima e à sociedade, que contribuam para a redução do sistema penal, sendo a tão propalada redução do encarceramento no Brasil uma consequência dessa nova forma de gestão da resposta estatal à criminalidade.

Reforça-se com isso a ideia de que crime não é um conflito. Pela legislação pátria, crime é a infração penal a que a lei comina pena, ou seja, é uma ingerência estatal na vida dos cidadãos em relação a determinadas condutas que ofendam bens jurídicos individuais ou coletivos. O Ministério Público foi o agente estatal eleito pela Constituição para formar convicção da necessidade e conveniência de propositura da ação penal e, portanto, possui legitimidade para atuar extraprocessualmente até para formar sua *opinio delicti.* Tal mudança de paradigma possibilita a identificação das causas da criminalidade, como para se induzir a implementação de políticas públicas

criminais pelos órgãos públicos e modificar a forma de interação com a sociedade, abrangendo as relações interpessoais e sociais.

A Constituição Federal prevê o Estado Social e Democrático de Direito como aquele que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O grande objetivo da relação negociada pelo Ministério Público, com ou sem o auxílio de um terceiro facilitador, é reconstruir historicamente o ocorrido, validando as histórias pessoais, obter a autorresponsabilização do autor dos fatos e reparar o dano causado à vítima e à comunidade. Por este motivo, ao invés de termos um resultado estático processual, criam-se opções dinâmicas e criativas de acesso à justiça, por intermédio do protagonismo ministerial (sistema multiportas).

O acesso à justiça não se dá apenas por meio de um processo judicial, mas principalmente pelo direito material de acesso a uma decisão justa e que de forma alguma necessariamente se afirma como resultado de um processo judicial ou imposição negociada de pena.

Tutela penal da vítima

Em relação à vítima, Zehr (2012, p. 25) destaca quatro tipos de necessidades que não são abrangidas pelo processo penal da forma como é concebido hoje, e que são recepcionadas pelo presente projeto de gestão integrada de crimes:

1) Informação: A vítima normalmente quer entender o que, como e por que aconteceu; quer saber o que sucedeu depois; quer ser informada sobre o processo;

2) Fala: a vítima, em grande parte dos casos, sente necessidade, como meio de superar a violência sofrida, de elaborar o ocorrido a partir da fala. Assim, lhe será garantido o direito de fala para que perceba que há uma escuta

ativa do que se diz e para que saiba que sua fala é importante para a condução do processo e construção da solução. Em muitos casos, a vítima tem necessidade de contar a sua história àquele que causou o dano, para que entenda as consequências dos seus atos;

3) Protagonismo (o autor utiliza o termo "empoderamento"): é comum que as vítimas sintam que o fato a privou do sentimento de segurança e controle anterior sobre seu corpo, suas emoções, seus sonhos, seus bens ou frente a outros aspectos relacionados à sua vida e, então, um processo de resolução deve cuidar de restabelecer esta condição anterior;

4) Restituição patrimonial: A necessidade de reparação por parte da vítima deve ser considerada nos casos em que houver perdas patrimoniais ou mesmo danos psicológicos e morais, devido ao reconhecimento simbólico por parte do ofensor quanto aos prejuízos causados à outra parte. Superado este reconhecimento pode-se começar a trabalhar a forma material ou simbólica com que a vítima deseja ser reparada do dano sofrido. Ao se dirigir a uma delegacia, ligar 180, 190 ou encaminhar notícias de crimes ao Ministério Público, a vítima apresenta legítima expectativa de reprovação da conduta contra si e busca um meio objetivo de resolver as consequências geradas pelo fato criminoso. Para aceitar participar da relação negociada autocompositiva, a vítima e o vitimário devem ser informados quanto às implicações legais e criminais, bem como compreender que é parte ativa na construção da resposta estatal, sendo respeitada a sua voz e seus sentimentos.

A equipe do projeto Avarc reconhece os desequilíbrios existentes na relação entre vítima e vitimário, buscando-se evitar a revitimização ou a continuidade de um ciclo de opressão social.

A Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre princípios básicos de justiça para vítimas de crime e de abuso de poder, adotada em 1985, preceitua que:

> a. As vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones;
>
> b. As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, e devem ter fácil acesso a eles;
>
> c. O pessoal dos serviços de polícia, de justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados, deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que lhes garantam uma ajuda pronta e adequada;
>
> d. Quando sejam prestados serviços e ajuda às vítimas, deve ser dispensada atenção às que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de fatores tais como os referidos no parágrafo 3, supra.

Política criminal dirigida ao vitimário

A geração de opções ao sistema penal tradicional permite que o vitimário assuma livremente a responsabilidade pelo dano causado (confissão). O novo modelo de gestão de crimes a partir da doutrina da proteção integral da vítima permite ao vitimário:

a) confrontar-se com o fato criminoso e suas consequências, aberto para dispor da sua perspectiva e acolher a do outro;
b) assumir a responsabilidade frente ao fato criminoso;
c) assumir as consequências do dano causado;

d) indenizar a vítima e a sociedade pelos delitos praticados;

e) efetuar acordo com o Ministério Público sobre a modalidade de pena aplicável à espécie.

Participação da comunidade atingida pela prática delitiva

A participação da comunidade pode ocorrer:

i) de forma direta integrando – participação nas audiências designadas pelo Ministério Público com as partes envolvidas no crime;

ii) de forma indireta, via interlocução estabelecida pelo Ministério Público, inclusive por meio de coletivos ou organizações voltadas à proteção à vítima de crimes.

Para se construir uma via de diálogo contínua capaz de garantir a participação de representantes de políticas públicas, agentes responsáveis pela persecução penal e instituições da sociedade civil, é fundamental que se constituam centrais de atendimento a vítimas, possibilidade de participação de entidades da sociedade civil ou líderes comunitários diretamente na audiência, quando o Promotor de Justiça entender relevante e houver anuência da vítima e do vitimário envolvidos.

Busca-se estabelecer relação contínua com líderes comunitários, entidades da sociedade civil e coletivos organizados por meio de visitas e reuniões, contatos por telefone, e-mail, *skype* e meios similares, recepção de notícias de crimes, a fim de criar espaços de atuação conjunta.

Participação de advogados

Como atores integrantes do sistema de acesso à justiça, devem orientar a redação de acordos e a autorresponsabilização do autor do crime.

I	Recepção de inquérito policial, peças de informação ou busca ativa de vítimas
II	Acolhimento da vítima junto ao Projeto
III	Preparação
IV	Pré-encontro com a vítima
V	Contato telefônico para reforçar a necessidade da presença das partes na audiência com o Ministério Público e verificação de necessidade de participação de advogado voluntário para o autor dos fatos
VI	Delimitação da responsabilidade civil do acusado
VII	Autorresponsabilização (Confissão)
VIII	Redação do Acordo (OPÇÕES POSSÍVEIS): 1. acordo de não persecução penal; 2. suspensão condicional do processo (fase judicial); 3. atenuante nos casos de processos penais em curso (fase judicial); 4. reconhecimento do arrependimento posterior (fase judicial). Em todos os casos: reparação do dano causado à vítima, até para impedir futuros benefícios como o livramento condicional.
IX	Pedidos ao Poder Judiciário de homologação do acordo ou recebimento do pedido de condenação criminal
X	Acompanhamento
XI	Promoção de arquivamento da notícia de crime, procedimento investigatório ou inquérito policial
XII	Gestão da informação (Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 62.0003.0000193/2019-6)
XIII	Supervisão

Encaminhamentos e relação com o Judiciário

O Projeto busca construir com o Judiciário fluxos ágeis e céleres. Deve-se também buscar realizar reuniões com periodicidade razoável para discussão de fluxos e casos, convidando outros entes estatais, organizações e coletivos parceiros do projeto.

Acolhimento das partes junto ao Projeto

A vítima se dirige ao Ministério Público diretamente ou mediante provocação em casos selecionados pelo próprio promotor de justiça integrante do Projeto. Neste primeiro comparecimento, a vítima será acolhida individualmente e será devidamente informada sobre o projeto, agendando a data para audiência conjunta no Ministério Público (diretamente ou por intermediário) com o autor do fato, se necessário. É importante informar à vítima que a partir deste seu comparecimento a outra parte será convidada para participar de audiência no Ministério Público, que poderá resultar na redação de acordo que permita inclusive futuro arquivamento dos fatos pelo Ministério Público, desde que haja efetiva reparação da vítima e/ou comunidade, conforme se trate de bem jurídico individual ou coletivo.

De acordo com a perspectiva da proteção integral da vítima, são considerados, dentre outros fatores, seu estado psicológico, suas condições sociais, laborais, relações interpessoais e familiares, bem como aspectos que contribuam para construir uma relação de confiança e que evitem as vitimizações secundárias ou terciárias.

O projeto constitui um ponto de acolhimento de vítimas, ou seja, de escuta ativa e não apenas de orientação, a fim de construir vínculos de confiança que combatam a perpetuação do círculo vitimizatório.

Preparação

O promotor de justiça presente na audiência diretamente ou conjutamente com facilitador adotam as seguintes medidas:

- Prévio encaminhamento dos fatos com a respectiva imputação e proposta inicial de acordo de não persecução penal, reforçando a necessidade de que na audiência designada será necessária a negociação no tocante à reparação dos danos individuais ou coletivos (consequências do crime) e/ou outros benefícios penais;
- Levantamento de informações relevantes para posterior contato com as partes;
- Verificação de circunstâncias que viciem alguma das etapas contratuais (físicas, materiais, morais, psíquicas etc.);
- Convite à vítima para entrevista privada, que deve ser feita via correios ou telefonema (caso não tenham ainda se apresentado no Programa), já contando de forma suscinta tratar-se de um convite à autocomposição e autorresponsabilização do autor dos fatos.
- Encaminhamento da proposta de acordo de não persecução penal.

Audiência no Ministério Público

Pressupõe o prévio convite para participar de audiência com a vítima, o vitimário e a comunidade atingida (no caso de bens jurídicos coletivos):

- O promotor de justiça procede ao contato com a vítima por qualquer meio eleito por este. Posteriormente, analisa a oportunidade e conveniência da realização de audiência conjunta entre a vítima, vitimário e comunidade;
- Para o acolhimento da vítima, diligencia-se que haja a voluntariedade da participação na audiência, até para evitar a revitimização;
- Preparação prévia da audiência;
- Comunicação adequada (linguagem, tom, clareza, perguntas apropriadas e escuta ativa);
- Breve apresentação da forma como a audiência será desenvolvida e princípios

inegociáveis para formulação de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público (reparação do dano e confissão dos fatos essenciais);

- Obtenção de informações que visem a autocomposição e autorresponsabilização do ofensor;
- Diálogo sobre as expectativas de cada parte;
- Capacidade de aportar alternativas e propostas para superar as controvérsias;
- Ausência de qualquer impedimento (legal, físico, material, moral, psíquico etc.);
- Realização de sessões privadas (*caucus*) ou *break* visando a obtenção de informações e superação de impasses;
- Obtido o acordo, será analisada sua viabilidade jurídica e revisão dos pontos acordados;
- Subscrição do(s) acordo(s) obtido(s).

ANEXOS

FICHA DE ATENDIMENTO INICIAL (___/___/_____)

1. Nome:_____
2. Profissão:_____
3. Estado civil:_____
4. Endereço:_____

   _____
5. Telefone Residencial: _____
6. Telefone Celular:_____
7. E-mail:_____
8. Facebook:_____

9. Foi previamente atendido na delegacia de polícia? (S) (N) Qual distrito?_____

10. Qual o tempo médio de espera para atendimento?

_____

11. Por quem foi atendido? (D) (Outros)
12. Foi vítima de qual crime? _____
13. Foi vítima de crimes anteriores? (S) (N) Quais?_____

Registrou todas as ocorrências? _____

14. Sofreu danos ou prejuízos? (S) (N)

Qual?_____

15. Gostaria de obter reparação pelo dano sofrido? (S) (N)
16. Possui documentos comprobatórios do prejuízo material, psicológico ou estético sofrido? _____
17. Passou por perícia pelo IML – Instituto Médico Legal e ou IC - Instituto de Criminalística? Como foi a sua experiência?

_____

18. Fez reconhecimento pessoal e/ou fotográfico? Como foi?

_____

19. Foi instruído pela autoridade policial a fazer comprovação posterior do valor do dano sofrido? _____
20. Forneceu o seu endereço de e-mail à autoridade policial? (S) (N)
21. Outras observações sobre o atendimento realizado na fase policial:_____

_____

_____

22. Qual o seu sentimento após o crime com relação aos órgãos da polícia judiciária?

_____

_____

23. Procuraria novamente a polícia civil para registro de eventual futuro crime? (S) (N)
Por que? _____

24. Qual o sentimento em relação ao autor do fato (medo, culpa, impotência, humilhação, raiva)? Gostaria que ele fosse preso?

_____

_____

25. Tem medo de tornar a ser vítima desse mesmo crime? (S) (N)
Por que?

_____

26. Qual o seu conceito a respeito da aplicação de medidas despenalizadoras (transação penal, suspensão condicional do processo) como solução para o delito que sofreu?

_____

_____

27. Esse sentimento reportado no item 26 mudaria se houvesse a restituição integral do valor do prejuízo sofrido? (S) (N)
Por que?

_____

28. Caso desconhecido o autor do fato, possui documentos ou testemunhas que possam auxiliar na sua identificação?

_____

29. Qual a sua expectativa com relação aos Órgãos da Justiça?_____

_____

_____

30. Tem conhecimento das funções do Ministério Público? (S) (N)
Quais seriam elas, segundo o seu entendimento?

_____

_____

_____

31. Considera o bairro em que reside perigoso por alguma razão? Por que?

_____

_____

32. Aceitaria participar de conferências restaurativas?_____

_____

_____

Observações do entrevistador:_____

_____

_____

F2. ACOMPANHAMENTO

Acompanhamento do Projeto (PAA n. 62.0003.0000193/2019-6)		
DATA	**RESPONSÁVEL**	**CUMPRIMENTO/OUTRAS DEMANDAS**

Termo de audiência e acordo

Método
( ) Mediação de conflitos
( ) Audiência vítima-ofensor (VOC)
( ) Conferência restaurativa
( ) Superação de traumas e criação de resiliência (STAR)
Promotor de Justiça, Facilitador (a critério do Promotor de Justiça), Advogado (s)

1) _____
2) _____
3) _____

Observadores:
1) _____
2) _____
Voluntários e/ou Agentes Comunitários

1) _____
2) _____

Síntese dos relatos das partes e comunidade

Houve acordo: ( )sim ( )não

F4. ACOMPANHAMENTO DE ACORDO

Termo de Acompanhamento de Acordo

_____,_____de_____de _____

Pelo presente nós, abaixo assinados, integrantes da família e da rede de apoio de_____, verificamos que o Termo de Acordo firmado em ...../...../ ..... foi

( )integralmente cumprido (
)parcialmente cumprido (
)não cumprido
nos termos que segue: (relatar)

_____
_____
_____

Providências:

_____
_____
_____

Dados das partes

Nome:_____( )Vítima ( )Ofensor
Doc Id/CPF: _____
Endereço Residencial: _____
Telefones para contato: _____
Processo: _____

Nome:_____( )Vítima ( )Ofensor
Doc Id/CPF: _____
Endereço Residencial: _____
Telefones para contato: _____
Processo: _____

_____
Promotor (a) de Justiça

ENCAMINHAMENTO PARA REDE, ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL OU VOLUNTÁRIOS DO PROJETO

Ofício de Encaminhamento

_____,_____de_____de_____

Ofício n_____/_____

Senhor(a) Diretor(a),

Pelo presente, comunico à V. S.a, que estamos encaminhando _____

_____, CI_____para o seguinte acolhimento:

_____

_____

_____

Dados da pessoa encaminhada
Nome:_____
Doc Id/CPF: _____
Endereço Residencial: _____
Telefones para contato: _____

Coloco-me à disposição para outros esclarecimentos.

_____
Promotor de Justiça

Ilmo(a) Sr(a).

_____(local)

PETIÇÃO INTERMEDIÁRIA

Ofício ao Poder Judiciário

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA CRIMINAL DA __ COMARCA __

Feito n. _____

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO que esta subscreve, por intermédio de seu Promotor de Justiça, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência requerer o arquivamento do presente inquérito policial (peças de informação), nos termos dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal e art. 18 da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, com a redação dada pela Resolução 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, em razão de seu integral cumprimento pelo autor dos fatos_____(Ofensor) Encaminhamos em anexo cópia dos comprovantes de seu inegral cumprimento.

P. deferimento.

_____, de_____ de 2019.

_____
Promotor de Justiça Integrante do Projeto Avarc

Exmo(a) Sr(a).
Juiz(a) do/a Juizado/Vara

MODELO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO _____

Autos nº
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, entre as datas de 04 de abril de 2018 e 28 de maio de 2018, em horário e locais incertos, porém nesta cidade e comarca, **FULANO DE TAL**, qualificado indiretamente a fl. 02, **subtraiu**, para si, com abuso de confiança, a quantia de R$ 13.000,00 (treze mil reais), pertencente a empresa vítima *FANTASIA*, representada por X (cf. boletim de ocorrência de fls. 02/04 e documentos de fls. 5/14).

Segundo o apurado, o denunciado prestava serviço para a empresa vítima, sendo o responsável pelo setor financeiro.

Para o pleno exercício de suas funções, **FULANO DE TAL** dispunha de pleno acesso ao único cartão bancário da empresa, bem como, de suas senhas.

Assim, entre os dias 04 de abril e 28 de maio de 2018, o investigado efetuou diversos saques indevidos da referida conta, sem qualquer autorização, totalizando o valor de R$5.900,00 (cinco mil e novecentos reais).

Ainda, entre os dias, 13 de abril e 28 de maio de 2018, o denunciado realizou diversas transferências indevidas para uma conta bancária de sua titularidade, sem qualquer autorização, totalizando o valor de R$7.100,00 (sete mil e cem reais), fls. 05/14.

Posteriormente, após consultar o extrato bancário da conta, a representante da empresa vítima constatou as subtrações, referentes às transações irregulares realizadas pelo denunciado.

Foi encaminhada carta convite às partes para a presente sessão de mediação, em caráter voluntário, tendo estas comparecido no dia 15.02.2019, às 10h30min, no gabinete da Promotora de Justiça que esta subscreve, situado na_____, tendo sido encaminhada proposta de acordo de não persecução penal, com fundamento na Resolução 181, de 7 de agosto de 2017 do CNMP com a redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018 do CNMP a **FULANO DE TAL** por infração artigo 155, §4°, inciso II, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, que integra o presente.

Presentes o réu **FULANO DE TAL**, RG SSP/SP, acompanhado de seu advogado, OAB/SP, a representante legal da vítima, RG, seu advogado (se existir), OAB/SP 164.643, o facilitador ____ (a critério do Promotor de Justiça), o Promotor de Justiça que esta subscreve e as testemunhas que estes subscrevem que acordaram o que segue:

DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO CAUSADO À VÍTIMA FANTASIA

a) Pagamento a partir de 15/04/2019 de doze parcelas iguais e consecutivas de R$ 875,00 na conta corrente em nome de _____, Banco _____, Agência _____, Conta Corrente _____. O não pagamento de quaisquer das parcelas ajustadas implicará no vencimento antecipado das demais, bem como o pagamento de perdas e danos prefixados no montante de 20% sobre o total de R$ 13.000,00.

b) Cumprida integralmente as alíneas “a” e “b” a representante legal da empresa FANTASIA dá plena e total quitação das obrigações civis de _____, inclusive para fins de danos morais. Valerá o presente como título executivo extrajudicial no caso de inadimplemento.

DO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (OU OUTRA A CRITÉRIO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA)

c) Pagamento de prestação pecuniária consistente no pagamento de um salário mínimo a Associação _____, CNPJ _____, Agência 11967, conta _____ (art. 18, inciso IV da Resolução 181/2017), dividido em três parcelas iguais e sucessivas, sendo que a primeira vencerá no dia 10/03/2019.

DA CONFISSÃO DO FATO CRIMINOSO

d) Confissão formal e circunstanciada do crime obtida por meio digital que integra o presente acordo de não persecução penal, tendo **FULANO DE TAL** admitido que retirou o dinheiro sem prévia autorização, consoante narrado no boletim de ocorrência pela representante legal da empresa vítima (art. 18, "caput", da Resolução 181/2017 do CNMP).

OUTRAS DISPOSIÇÕES

e) Dever de 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 (art. 18, §8° da Resolução 181 de 2017 do CNMP).

f) O não cumprimento de quaisquer das cláusulas indicadas neste acordo implicarão na sua rescisão e imediato oferecimento de denúncia (art. 18, §9° da Resolução 181 de 2017 do CNMP).

g) Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal o Ministério Público promoverá o arquivamento dos autos, submetendo-o à homologação judicial. Não cumprido integralmente o acordo será oferecida denúncia.

h) O advogado do Senhor FULANO DE TAL peticionará trimestralmente nos autos comprovando o cumprimento das obrigações assumidas, até que se dê o cumprimento integral do acordado.

As cláusulas foram previamente lidas e compreendidas pelas partes. O Ministério Público peticionará nos autos o presente acordo requerendo sua homologação pelo juízo competente. Após o cumprimento integral do acordo o Ministério Público requererá ao juízo competente o arquivamento da investigação. No caso de descumprimento do acordado será oferecida denúncia.

São Paulo, ___ de _____ de 2019.

Investigado

Advogado
OAB/SP 184.480

Facilitador

Testemunha

Testemunha

Promotora de Justiça

MODELO DE PEDIDO DE FIXAÇÃO DE DANOS MÍNIMOS

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA __ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Autos n°

Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 12 de fevereiro de 2019, por volta das 22h15min, nas proximidades da Rua Cairo, n°06, Penha, nesta cidade e comarca, **RAFAEL DE TAL**, qualificado a fl. 19, agindo em concurso e com unidade de desígnios com o adolescente *Renã Soares da Silva*, **subtraiu**, em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de simulacro de arma de fogo, um aparelho de telefone celular da marca Motorola, avaliado em R$1.000,00 (mil reais), pertencente à vítima *Mariana de Tal* (cf. auto de exibição apreensão e entrega de fls. 12/13 e auto de entrega a fl. 14).

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias acima expostas, **RAFAEL DE TAL**, já qualificado nos autos, agindo em concurso e com unidade de desígnios com o adolescente *Renã*, **tentou subtrair**, em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de simulacro de arma de fogo, o aparelho de telefone celular pertencente a vítima *Flaviane Vassalo Bernardes*, somente não

atingindo a consumação do crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, outrossim, que nas circunstâncias acima expostas, **RAFAEL GOMES DE FREITAS**, já qualificado nos autos, **corrompeu** o adolescente Renã Soares da Silva, que contava com 14 (quatorze) anos de idade na data dos fatos, com ele praticando ato infracional equiparado ao crime de roubo consumado e tentado.

Segundo o apurado, na data dos fatos, o denunciado e o adolescente dirigiram-se ao local dos fatos imbuídos do firme propósito de efetuar subtrações.

Assim, ao avistar *Mariana* e *Flaviane* na via pública mencionada, RAFAEL e o adolescente aproximaram-se e anunciaram o assalto. Ato contínuo, o denunciado, portando o simulacro de arma de fogo obrigou que a vítima *Mariana* entregasse o celular, o que foi prontamente obedecido.

Momentos depois, o denunciado exigiu a entrega da bolsa pertencente à *Mariana*, porém esta esclareceu que no interior de sua bolsa havia somente livros e cadernos escolares. Assim, RAFAEL entregou o celular já subtraído para o adolescente.

Após receber o celular, o adolescente empreendeu fuga, ao passo que RAFAEL permaneceu no local e exigiu que *Flaviane* lhe entregasse o celular e a sua bolsa. *Flaviane* então informou ao criminoso que não possuía celular e que no interior de sua bolsa havia somente livros e cadernos escolares.

Em seguida, RAFAEL ordenou que a vítima e sua amiga fossem embora.

Ocorre que policiais militares realizavam o patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, quando *Mariana* solicitou ajuda e afirmou ter sido vítima de roubo praticado por dois indivíduos. Passados alguns minutos, na Rua Cairo, nº 06, após terem recebido informações com as características dos indivíduos, os policiais localizaram e abordaram RAFAEL e o adolescente.

Procedida à abordagem e realizada a busca pessoal, localizaram, na cintura de RAFAEL um simulacro de arma de fogo e com o adolescente, encontraram o celular produto do crime.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência **RAFAEL DE TAL**, por infração no artigo **157, "caput", art. 157, "caput" e art. 14, inciso II, ambos do Código Penal e artigo 244-B da Lei 8.069/90, na forma do artigo 69 do Código Penal,** requerendo que, recebida e autuada esta, se lhes instaure a competente ação penal, segundo o procedimento ordinário, nos termos dos artigos 394 a 405 e 498 a 502 do Código de Processo Penal. Requer-se, outrossim, seja o denunciado citado e interrogado, ouvindo-se oportunamente as vítimas abaixo arroladas, prosseguindo-se o feito até final condenação.

Em razão dos danos morais sofridos requeiro fixação de danos mínimos no valor de R$ XXX. Requeiro, ainda, a fixação de danos materiais, consoante prova a ser produzida em audiência.

Rol:

1. Mariana – Vítima – fl. 04

2. Flaviane - Vítima – fl. 05
3. Eli – fl. 02
4. Jose – fl. 03

São Paulo, ___ de _____ de 2019.

Promotora de Justiça

Autos n°

Meritíssima Juíza,

1. Ofereço denúncia em separado;

2. Observo que consta nos autos a folha de antecedentes do denunciado. Assim, requeiro as certidões criminais dos feitos nela constantes;

3. Requeiro que conste no mandado de intimação a vítima que na data da audiência ela poderá vir munida de comprovante de atendimentos médicos, remédios e notas fiscais ou documentos que comprovem os danos morais e materiais causados (conserto do celular, etc).

4. **A condenação em danos morais e materiais visam a recomposição do equilíbrio do tecido social violado com a prática delitiva (art. 186 do Código Civil c.c. art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal; Súmula 37 do STJ), devendo ser sopesado por este nobre juízo por ocasião da prolação da sentença penal condenatória a extensão do dano causado (art. 944, "caput" e parágrafo único do Código Civil, na forma do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal). No tocante ao dano moral estão presentes todos os requisitos: dano (sofrimento emocional causado pelo assalto com simulacro de arma de fogo); conduta (anunciar o assalto) e nexo causal entre a conduta e o resultado, estando ausentes os**

pressupostos que permitiriam o reconhecimento de excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima). Assim deve o indiciado se responsabilizar penal e civilmente pelos atos praticados, não havendo que se falar em *bis in idem*, pois o delito praticado também causou inquietude social na comunidade afetada pela sua prática.

P. deferimento.

São Paulo, ___ de _____ de _____.

Promotora de Justiça

LEI Nº 9.608, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1998

Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.

Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

Art. 2º O serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.

Art. 3º O prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias.

Parágrafo único. As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 18 de fevereiro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Apêndice 2 − Projeto de Lei AVARC

PROJETO DE ACOLHIMENTO DE VÍTIMAS, ANÁLISE E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

JUSTIFICATIVA

O Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos do Ministério Público do Estado de São Paulo, idealizado pela Promotora de Justiça Celeste Leite dos Santos, institui *forma desburocratizada e eficiente de acesso à justiça*, com ênfase na escuta especializada das vítimas diretas, indiretas e coletivas de crimes, possibilitando a paz social em nossa sociedade. O Projeto de Gestão foi premiado pelo Conselho Nacional do Ministério Público no dia 22 de agosto de 2019 e conta com cinquenta voluntários cadastrados de diversas áreas, tais como advogados, educadores, mediadores, psicólogos e assistentes sociais.

A iniciativa merece ser replicada por todos os órgãos de segurança pública, gestão da Justiça e defesa da paz, possibilitando a incorporação em nosso ordenamento jurídico do *injusto penal restaurável*, legitimando a ingerência penal estatal em nossa sociedade, a partir de perspectiva funcional que fomente a autorresponsabilização dos autores de infrações penais, bem como fortalecimento de valores como vida comunitária.

Portanto, esta Lei, em consonância com a legislação pátria sobre o assunto e com as demandas que a nossa sociedade representa, pretende, com base no **reconhecimento da dignidade das vítimas, a defesa de seus bens materiais e morais e, com isso, os da sociedade como um todo.**

Com esse **marco regulatório** que garante os direitos processuais e extraprocessuais da vítima, estabelecendo o dever de atuação integrada dos órgãos de segurança pública, administração da justiça e defesa da paz.

Neste contexto, se estabelecem normas mínimas sobre os direitos, o apoio e a proteção das vítimas crimes.

Com efeito, com esse enfoque de gestão eficiente e desburocratizada levada a cabo pelo Projeto AVARC, a cargo da Promotora de Justiça Celeste Leite dos Santos foi possível perceber, uma **certa prostração dos direitos e necessidades especiais das vítimas do crime** que, em atenção ao **valor superior da justiça que informa nossa ordem constitucional**, é necessário abordar, sendo oportuno fazê-lo precisamente por ocasião de tal transposição.

Da mesma forma, é considerado oportuno, já que um dos efeitos desta Lei é oferecer um **conceito unitário de vítima de crime**, além de sua consideração processual, para incluir os conceitos de vítima direta, indireta e coletiva de crime, de acordo com a proteção individual ou coletiva do bem jurídico tutelado pela norma penal.

A proteção e o apoio à vítima não são apenas processuais, nem dependem de sua posição em um processo, mas também assumem uma dimensão extraprocessual e de corresponsabilidade compartilhada por toda a sociedade. Baseia-se num conceito amplo de reconhecimento, proteção e apoio, em prol da proteção integral da vítima. Para isso, é fundamental oferecer à vítima o máximo de facilidades para o exercício e proteção de seus direitos, com a redução de procedimentos desnecessários que envolvam a vitimização secundária, a concessão de informações e a orientação efetiva dos direitos e serviços que lhes correspondam, encaminhamento pela autoridade competente, um tratamento humano e a possibilidade de ser acompanhado pela pessoa que designa em todos os seus procedimentos, não obstante a representação processual apropriada, entre outras medidas.

As ações devem sempre ser orientadas para a pessoa, o que requer uma avaliação e tratamento individualizado de todas as vítimas, sem prejuízo do tratamento especializado requerido por determinados tipos de vítimas.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N._____/2019

Estabelece mecanismos de desburocratização do acesso à justiça e dos serviços de segurança pública, por meio da estratégia de gestão integrada dos órgãos responsáveis pela manutenção da paz social e institui o Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos (AVARC) em todo o território nacional.

Disposições Gerais

Art. 1°. As disposições desta Lei aplicar-se-ão, sem prejuízo do disposto no art. 201 do Código de Processo Penal, às vítimas de crimes, contravenções penais e atos infracionais cometidos no Brasil ou que possam ser julgados no Brasil, independentemente da sua nacionalidade e vulnerabilidade individual ou social.

Parágrafo único. Fica estabelecido o Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos em todo o território nacional, sendo vinculante para as autoridades responsáveis pela persecução penal.

Artigo 2°. Para os efeitos dessa lei considera-se:

a) Vítima direta: qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos em sua própria pessoa ou bens, especialmente lesões físicas ou psicológicas, danos emocionais ou danos econômicos causados diretamente pela prática de um crime.

b) Vítima indireta: nos casos de morte de uma pessoa diretamente causada por um crime, a menos que sejam os responsáveis pelos fatos:

1. Os ascendentes, descendentes e cônjuges ou companheiros durante o exercício da sociedade conjugal, bem como seus tutores ou curadores regularmente estabelecidos em decisão judicial.

2. Na ausência das pessoas enumeradas supra, os demais parentes em linha reta e irmãos, preferencialmente aquele que detinha a representação legal da vítima.

c) Vítima coletiva: nos casos em que a norma penal elege bens jurídicos coletivos indispensáveis à defesa e manutenção da paz na República Federativa do Brasil, tais como os decorrentes da prática de atos terroristas, meio ambiente, saúde pública, defesa da segurança nacional, tráfico de pessoas e outros.

Artigo 3°. A presente lei rege-se pelos seguintes princípios:

I – resolução pacífica de conflitos;
II – autonomia da vontade;
III – consentimento;
IV – acesso equitativo aos serviços de saúde e assistência social;
V – solidariedade;
VI – defesa e manutenção da paz social.

TÍTULO I
Dos Direitos Básicos das Vítimas

Artigo 4°. Toda vítima tem direito à proteção, informação, apoio e atenção, à participação ativa no processo penal e em procedimentos extrajudiciais e, a receber tratamento respeitoso, profissional e individualizado, desde seu primeiro contato com as autoridades, funcionários ou voluntários, durante a prestação de serviços de apoio às vítimas.

I − A vítima poderá participar de programa de apoio e atenção às vítimas encetados pelo Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública, em qualquer fase da persecução penal ou durante o cumprimento de pena.

II − No caso de o crime afetar a coletividade ou houver risco a segurança da vítima o Ministério Público poderá promover a restauração do crime causado por intermédio de vítima substituta.

III − Sem prejuízo dos direitos descritos supra, as vítimas vulneráveis, tais como as vítimas de tráfico de pessoas, terrorismo, violência contra mulheres, pessoas com deficiência, idosos, tem direito a escuta especializada pelos órgãos responsáveis pela persecução penal.

IV − Fica autorizado a celebração de convênios e parcerias com entidades do terceiro setor visando fornecer amparo, apoio e informação às vítimas de crimes, bem como cadastro de voluntários, mediante prévia capacitação disponibilizadas pelos órgãos responsáveis pela persecução penal.

V − Todos os dados qualificativos da vítima, e comunidade atingida diretamente pela prática do crime, contravenção penal ou ato infracional, inclusive endereços eletrônicos, serão cadastrados pela autoridade responsável pelo registro.

VI − A vítima receberá desde o seu primeiro contato com as autoridades ou entidades cadastradas junto ao Ministério Público ou Poder Judiciário, o apoio necessário para que possa ser compreendido perante eles, o que incluirá a interpretação nas línguas dos sinais legalmente reconhecidos.

VII − A vítima pode ser acompanhada por uma pessoa da sua escolha desde o primeiro contato com as autoridades e funcionários.

VIII − A celebração pelo Ministério Público de acordo de não persecução penal e contrato de imposição negociada de pena dependerá de prévia oitiva da vítima que poderá se opor fundamentadamente à sua realização, devendo ser submetido à homologação judicial.

IX – a vítima poderá ser ouvida mediante vídeo colaboração e procedimentos extrajudiciais digitais, sempre que necessário a preservação de sua segurança, intimidade e vida privada.

X – as autoridades policiais, Ministério Público e Poder Judiciário devem zelar para que a oitiva da vítima não seja reiterada a fim de evitar os riscos da vitimização secundária, atribuindo-se valor probatório pleno as suas declarações.

XI – apresentar elementos de prova do delito que foi acometida ou da inadequação da progressão de regime ou tratamento diferenciado do autor de infração penal durante o cumprimento de pena.

Art. 5°. É garantido a vítima, desde o seu primeiro contato com as autoridades e servidores públicos, o acesso às seguintes informações:

I – as entidades ou pessoas cadastradas a que pode recorrer para obter apoio, bem como sua natureza;

II - o local e procedimento adequado para apresentar a notícia do crime, contravenção penal ou ato de infração penal;

III – consulta e extração de cópias, a qualquer tempo, dos atos procedimentais produzidos;

IV – ser informada do teor da sentença ou acórdão prolatados, preferencialmente por meio eletrônico, bem como ser ouvida nas hipóteses progressão de regime de cumprimento de pena, livramento condicional, liberdade provisória e outros benefícios previstos na Lei n. 7.2010/84;

V − participar direta ou indiretamente da celebração de acordo de não persecução penal e de imposição negociada de pena.

Título II – Dos Deveres dos Órgãos Responsáveis pela Persecução Penal

Art. 6°. Compete ao Ministério Público zelar pela restauração dos efeitos materiais e imateriais causados pela prática do crime, submetendo os acordos de não persecução penal e de imposição negociada de pena à prévia homologação judicial.

I – Para a consecução dos objetivos indicados supra deverão ser disponibilizados cursos de capacitação de voluntários visando otimizar o atendimento prestado às vítimas diretas, indiretas e coletivas de crimes, devendo o procedimento ser presidido pelo Ministério Público, sem prejuízo de parcerias realizadas com os serviços de segurança pública e de defesa da paz.

II – Os cursos de capacitação poderão versar sobre o acolhimento da vítima do crime ou contravenção penal, entrevistas, escuta especializada, auxílio na cura do trauma e formação de resiliência, negociação e mediação penal.

III − O acordo de não persecução penal proposto pelo Ministério Público será admissível nas hipóteses em que a pena mínima prevista abstratamente não seja superior a 06 (seis) anos e será submetido a homologação judicial.

IV − O acordo de não persecução penal ou de imposição negociada de pena celebrado com o Ministério Público não será admissível nas hipóteses de crimes hediondos, terrorismo, estupro, estupro de vulnerável, tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de pessoas e de órgãos.

V − O acordo de não persecução penal ou de imposição negociada de pena deverão contemplar necessariamente a reparação do dano causado à vítima direta, indireta e coletiva, sem prejuízo da imposição imediata de penas de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Penal, sendo reduzido a termo as disposições contratuais ajustadas.

VI − As sanções ajustadas no acordo de imposição negociada de pena dependerão de audiência preliminar de homologação do acordo celebrado.

VII − Os atos que implicarem em renúncia a persecução penal ou concessão de benefícios penais deverão ser assistidos por advogados ou defensores públicos, dependendo de sentença penal homologatória.

VIII – No caso de descumprimento do acordo celebrado ficam sem efeito os efeitos penais produzidos, ocasião em que haverá a retomada da persecução penal.

IX − Cumpridas integralmente as obrigações ajustadas no acordo o Ministério Público promoverá o arquivamento do feito, requerendo a extinção da punibilidade do autor da infração penal.

X – A revogação de quaisquer acordos celebrados não invalidará o acordo sobre a reparação dos danos individuais ou coletivos causados às vítimas, podendo ser executados no juízo cível pela vítima direta ou indireta e, no caso de vítima coletiva, pelos legitimados para a propositura de ação civil pública previstos na Lei n. 7.347/1985.

XI – deverão ser criadas no âmbito de cada unidade do Ministério Público Brasileiro centros de apoio e assistência às vítimas de crimes e atos infracionais.

Art. 7°. As autoridades policiais e de defesa da paz deverão promover escuta especializada das vítimas de crimes, a fim de minimizar os riscos da vitimização secundária e, especialmente:

I − Os atos produzidos perante as autoridades policiais e de defesa da paz, especialmente as oitivas das vítimas, possuem valor probatório pleno, devendo ser evitada sua reprodução na fase judicial.

II − A repetição da oitiva da vítima em juízo dependerá de requerimento do acusado, especialmente quando sua oitiva na fase extrajudicial tiver sido produzida por meio audiovisual.

III − As autoridades mencionadas no "caput" devem zelar pela produção de prova do dano causado à vítima, diretamente ou por meio de requisição de perícia.

IV − Sempre que possível a autoridade policial apresentará a vítima e o infrator penal na audiência de custódia, ocasião em que poderá ser celebrado acordo de não persecução penal e de imposição negociada de pena.

Título III – Dos Deveres do Poder Judiciário

Art. 6°. Ao Poder Judiciário incumbe a fiscalização dos riscos da vitimização secundária pelos órgãos da polícia judiciária e por seus servidores, devendo:

I – zelar para que o acesso das vítimas nos fóruns se deem por entrada diversa da do autor da infração penal ou ato infracional;

II – zelar para que inexista contato entre autor e vítima do ato infracional, exceto nos casos em que a vítima opte pela realização de práticas restaurativas;

III – na homologação do acordo de não persecução penal o juiz deve observar se o interesse da vítima do crime foi integralmente resguardado.

IV – presentes os requisitos formais e não havendo vícios de vontade o juiz deverá homologar o acordo de não persecução penal ou de imposição negociada de pena celebrado entre o autor da infração penal ou autor do ato infracional e o Ministério Público.

V – para análise do item supra o juiz deverá verificar se na redação das cláusulas ajustadas o autor da infração penal teve assistência jurídica.

VI – no caso de acordo de imposição negociada de pena em momento posterior à audiência de custódia, o juiz deverá designar audiência para verificar se as cláusulas ajustadas correspondem à vontade dos celebrantes.

VII − após o cumprimento integral das obrigações ajustadas no acordo de não persecução penal o juiz declarará a extinção de punibilidade do autor da infração penal.

VIII – designar, sempre que entender necessário, audiência para verificação do preenchimento dos requisitos formais para concessão de acordo de não persecução penal ou de imposição negociada de pena.

IX – intimar a vítima, preferencialmente por meio eletrônico, de todos os atos processuais que possam interferir na sua segurança pessoal ou vida privada.

Título IV – Dos Direitos e Deveres do Autor da Infração Penal

Art. 7°. O autor da infração penal fará jus a participação de sessão de mediação penal presidida pelo órgão do Ministério Público, nos casos em que não seja reincidente específico e não exista objeção expressa da vítima ou representante da comunidade lesada.

I – Constitui pressuposto da prática restaurativa a autorresponsabilização dos fatos pelo autor da infração penal que poderá optar, desde logo, pela via processual.

II – O autor da infração penal que restaure integralmente os efeitos da prática do crime ou contravenção penal deverá ser inserido em programa que possibilite sua plena reinserção social.

III – O autor da infração penal poderá optar por participar ou não da sessão de mediação ou negociação penal presidida pelo Ministério Público.

IV – Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal o autor da infração penal tem direito à extinção da punibilidade pelos atos praticados.

V – O autor da infração penal somente poderá alegar vício formal até a homologação do acordo de não persecução penal ou de imposição negociada de pena.

VI − Em caso de condenação com sentença transitada em julgado, deverá o autor do crime, restituir o valor gasto pela vítima ou por sua família com tratamento médico, tratamento psicológico e funeral, decorrentes do crime cometido, sem prejuízo da adoção pela vítima de outras providências indenizatórias no juízo cível.

Título V − Disposições Finais

Art. 8º. Deverão ser elaboradas estatísticas nacionais unificadas sobre a vitimização decorrente da prática de crime e ato infracional, de acordo com idade, sexo, orientação sexual, tipo de delito e traumas causados pela prática do crime ou ato infracional.

Art. 9°. O Ministério Público Brasileiro, o Poder Judiciário e as autoridades de polícia judiciária e de defesa da paz, por intermédio de representantes de todas as unidades das esferas federais e estaduais deverão elaborar anualmente plano de atuação que combata os riscos decorrentes da vitimização, bem como disponibilizar cursos técnicos profissionalizantes a seus membros e servidores de atendimento especializado às vítimas de crimes.

Art. 10. Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 11. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Câmara dos Deputados, ____ de agosto de 2019.

ANEXOS

Anexo 1 − Resolução 40/34 da ONU

Anexo da Resolução 40/34, da Assembleia Geral da Nações Unidas.

Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal.

Declaração de princípios básicos de justiça para vítimas de crime e abuso de poder.

A - Vítimas de crime

1. “Vítimas” refere-se a pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram dano substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente nos Estados-Membros, incluindo as leis que condenam o abuso de poder criminal.

2. Uma pessoa pode ser considerada vítima, nos termos da presente Declaração, independentemente de o delinquente ser identificado, detido, processado ou condenado e também independentemente de relações familiares entre o delinquente e a vítima. O termo “vítima” também inclui, quando apropriado, a família imediata ou os dependentes diretos da vítima, assim como indivíduos que tenham sofrido dano ao intervir e auxiliar as vítimas em perigo, ou evitar a vitimização.

3. Os dispositivos previstos aqui serão aplicáveis a todos, sem distinção de qualquer espécie, como raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opinião política ou outras, crenças ou práticas culturais, propriedade, situação de nascimento ou familiar, origem social ou étnica, e deficiência.

Acesso à justiça e a tratamento justo

4. As vítimas devem ser tratas com compaixão e respeito por sua dignidade. Terão acesso aos mecanismos de justiça e de reparação imediata, conforme previsto na legislação nacional, pelo dano sofrido.

5. Mecanismos judiciais e administrativos devem ser estabelecidos e reforçados, quando necessário, para permitir às vítimas obterem reparação, por meio de processos formais ou informais rápidos, justos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas sobre seus direitos de buscar reparação por meio de tais mecanismos.

6. Facilitar-se-á a adequação dos procedimentos judiciais e administrativos da seguinte forma:

(a) Informando às vítimas sobre seus papéis e sobre o âmbito, o tempo e o progresso dos procedimentos, e também da disposição de seus casos, especialmente quando envolverem crimes graves e quando tais informações forem solicitadas;

(b) Permitindo que a opinião e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e apreciadas nos estágios adequados do processo, quando seus interesses particulares forem afetados, sem preconceito contra o acusado, e de maneira consistente com o sistema de justiça criminal nacional relevante;

(c) Fornecendo a correta assistência às vítimas ao longo do processo legal; Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal;

(d) Adotando as medidas para minimizar inconveniências às vítimas, para proteger sua privacidade, quando necessário, e para garantir a sua segurança, a de seus familiares e de testemunhas a seu favor contra intimidação e retaliação;

(e) Evitando atrasos desnecessários na distribuição dos casos e na execução de sentenças ou decretos que concedam indenização às vítimas.

7. Mecanismos informais para a solução de controvérsias, incluindo mediação, arbitragem e justiça consuetudinária ou práticas autóctones, devem ser utilizados, quando apropriado, para facilitar a conciliação e a reparação das vítimas.

Restituição

8. Infratores ou terceiros responsáveis por seus comportamentos devem, quando apropriado, fazer justa restituição às vítimas, a suas famílias ou a seus dependentes. Tal restituição deve incluir a devolução de propriedade ou o pagamento por dano ou perda sofrida, o reembolso de despesas ocorridas como resultado da vitimização, a disponibilização de serviços e a restauração de direitos.

9. Governos devem revisar suas práticas, regulamentos e leis para considerar a restituição como uma opção válida de sentença em casos penais, além de outras sanções criminais.

10. Em caso de dano substancial ao meio ambiente, a restituição, se ordenada, deve incluir, na medida do possível, a recuperação do meio ambiente, a reconstrução da infraestrutura, a substituição das instalações comunitárias e o reembolso das despesas de realocação, sempre que tal dano resulte em deslocamento de uma comunidade.

11. Quando agentes públicos ou outros agentes agindo a título oficial ou semioficial tenham violado as leis criminais nacionais, as vítimas devem receber restituição do Estado cujos funcionários ou agentes tenham sido responsáveis pelos danos causados. Em casos em

que o governo responsável pelo ato de vitimização ou de omissão não exista mais, o Estado ou o governo que o sucede deve restituir as vítimas.

Indenização

12. Quando não puder ser totalmente paga pelo infrator ou por outras fontes, os Estados devem empenhar-se em prover a indenização financeira a:

(a) Vítimas que tenham sofrido dano corporal significativo ou incapacitação de saúde física ou mental em decorrência de crimes graves;

(b) Família, em especial aos dependentes de pessoas que tenham morrido ou se tornado fisica ou mentalmente incapacitados em decorrência de tal vitimização.

13. O estabelecimento, o fortalecimento e a expansão de fundos nacionais para indenização de vítimas devem ser encorajados. Quando apropriado, outros fundos também podem ser estabelecidos para esse fim, incluindo os casos em que o Estado ao qual pertence a vítima não esteja em posição de compensá-la pelo dano. Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal

Assistência

14. As vítimas devem receber assistência material, médica, psicológica e social necessária, por meio de medidas governamentais, voluntárias, comunitárias e autóctones.

15. As vítimas devem ser informadas da disponibilidade de serviços sociais. de saúde e de outras assistências relevantes, e devem ter pronto acesso a esses serviços. 1

6. Equipes da polícia, da justiça, da saúde, de serviços sociais e outros envolvidos devem receber treinamento de sensibilização para as necessidades das vítimas e diretrizes para assegurar ajuda imediata e adequada às mesmas.

17. Ao prover serviços e assistência às vítimas, deve-se estar atento àquelas que tenham necessidades especiais por causa da natureza do dano causado, ou por fatores como os mencionados no parágrafo 3º acima.

B. Vítimas de abuso de poder

18. O termo “vítimas” significa pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja físico seja mental, sofrimento emocional, perda econômica, ou que tenham sofrido substancial dano de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que ainda não constituam violação das leis criminais nacionais, mas de normas relativas aos diretos humanos reconhecidos internacionalmente.

19. Os Estados devem considerar a incorporação, na lei nacional, de normas que condenem abusos de poder e fornecer cuidados a vítimas de tais abusos. Em particular, tais

cuidados devem incluir restituição e / ou compensação, e a assistência e o apoio materiais, médicos, psicológicos e sociais necessários.

20. Os Estados devem considerar a negociação de pactos multilaterais internacionais relacionados às vítimas, como descrito no parágrafo 18.

21. Os Estados devem, periodicamente, rever as práticas e as legislações existentes para garantir a adequação às circunstâncias modificadas, atuar e implantar, se necessário, uma legislação que condene atos que constituam graves abusos de poder político ou econômico, e promover políticas e mecanismos para a prevenção de tais atos, além de criar e tornar prontamente acessíveis direitos e cuidados apropriados para vítimas de tais atos.

Anexo 2 − Resolução n. 60/147 da ONU

Resolução n. 60/147, de 16 de setembro de 2005 da Assembleia Geral das Nações Unidas

Princípios e Diretrizes Básicas Sobre o Direito a Recurso e Reparação das Vitimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário.

Preâmbulo

A Assembleia Geral,

Recordando as disposições, constantes de inúmeros instrumentos internacionais, que consagram o direito de recurso para as vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos, em particular o artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 2.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 6.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o artigo 14.º da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e o artigo 39.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, e para as vítimas de violações das normas de direito internacional humanitário, conforme consagrado no artigo 3.º da Convenção da Haia respeitante às Leis e Costumes da Guerra em Terra, de 18 de outubro de 1907 (Convenção IV), no artigo 91.º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I), de 8 de junho de 1977, e nos artigos 68.º e 75.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,

Recordando as disposições que consagram o direito de recurso para as vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos constantes de convenções regionais, em particular o artigo 7.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o artigo 25.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 13.º da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, 2

Recordando a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder emanada das deliberações do Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, e a resolução

40/34 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985, pela qual a Assembleia adotou o texto recomendado pelo Congresso,

Reafirmando os princípios enunciados na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, nomeadamente que as vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade, que o seu direito de acesso à justiça e a mecanismos de reparação deve ser plenamente respeitado e que deve ser encorajado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais para a indemnização das vítimas, juntamente com a rápida instituição de direitos e vias de recurso para as vítimas,

Observando que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional exige o estabelecimento de "princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indemnização ou a reabilitação", exige que a Assembleia dos Estados Partes estabeleça um fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, e respetivas famílias, e obriga o Tribunal a "garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas" e a permitir a participação destas em qualquer "fase processual que entenda apropriada",

Afirmando que os Princípios e Diretrizes Básicas aqui enunciados se aplicam a violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e a violações graves de direito internacional humanitário, as quais, pela sua gravidade, constituem uma afronta à dignidade humana,

Sublinhando que os Princípios e Diretrizes Básicas aqui enunciados não implicam novas obrigações jurídicas a nível internacional ou interno, antes identificando mecanismos, modalidades, procedimentos e métodos para o cumprimento das obrigações jurídicas já existentes ao abrigo das normas internacionais de direitos humanos e das normas de direito internacional humanitário, as quais são complementares embora diferentes em termos de conteúdo,

Recordando que o direito internacional consagra a obrigação de exercer ação penal sobre os autores de certos crimes internacionais, em conformidade com as obrigações internacionais dos Estados e os requisitos do direito interno ou nos termos previstos nos

estatutos aplicáveis dos órgãos judiciários internacionais, e que o dever de exercer ação penal reforça as obrigações jurídicas internacionais a cumprir em conformidade com os requisitos e procedimentos previstos no direito interno, apoiando o conceito de complementaridade,

Observando que as formas contemporâneas de vitimização, embora dirigidas sobretudo contra pessoas, podem também dirigir-se contra grupos de pessoas que sejam visadas coletivamente,

Reconhecendo que, ao respeitar o direito das vítimas a beneficiar de vias de recurso e reparação, a comunidade internacional honra o sofrimento das vítimas, os sobreviventes e as gerações humanas futuras, e reafirma os princípios jurídicos internacionais da responsabilização, da justiça e do Estado de Direito,

Convencida de que, ao adotar uma perspectiva orientada para a vítima, a comunidade internacional afirma a sua solidariedade humana para com as vítimas de violações do direito internacional, incluindo das normas internacionais de direitos humanos e de direito humanitário, bem como para com a Humanidade no seu conjunto, em conformidade com os Princípios e Diretrizes Básicas que a seguir se enunciam,

Adota os seguintes Princípios e Diretrizes Básicas:

I. OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR, FAZER RESPEITAR E APLICAR AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

1. A obrigação de respeitar, fazer respeitar e aplicar as normas internacionais de direitos humanos e o direito internacional humanitário, conforme prevista nos respectivos ramos de Direito, emana:

a) Dos tratados dos quais um Estado seja parte;

b) Do direito internacional consuetudinário;

c) Do direito interno de cada Estado.

2. Caso não o tenham feito ainda, os Estados deverão, conforme exigido pelo direito internacional, garantir a compatibilização do seu direito interno com as respetivas obrigações jurídicas internacionais:

a) Incorporando as normas internacionais de direitos humanos e direito internacional humanitário no seu direito interno, ou aplicando-as de outra forma no seu ordenamento jurídico interno;

b) Adotando procedimentos legislativos e administrativos apropriados e eficazes e outras medidas adequadas que garantam um acesso à justiça equitativo, eficaz e rápido;

c) Disponibilizando vias de recurso adequadas, eficazes, rápidas e apropriadas, nomeadamente para efeitos de reparação, conforme definido mais adiante;

d) Garantindo que o seu direito interno concede às vítimas pelo menos o mesmo grau de proteção que o exigido pelas respetivas obrigações internacionais.

II. ÂMBITO DA OBRIGAÇÃO

3. A obrigação de respeitar, fazer respeitar e aplicar as normas internacionais de direitos humanos e o direito internacional humanitário, conforme prevista nos respectivos ramos de Direito, compreende, nomeadamente, o dever de:

a) Tomar medidas apropriadas, de natureza legislativa, administrativa e outra, a fim de prevenir as violações;

b) Investigar as violações de forma eficaz, rápida, rigorosa e imparcial e, sendo caso disso, tomar providências contra os alegados responsáveis em conformidade com o direito interno e internacional;

c) Garantir às pessoas que se afirmam vítimas de uma violação de direitos humanos ou direito humanitário um efetivo acesso à justiça, em condições de igualdade, conforme abaixo descrito, independentemente de quem possa ser, em última instância, o responsável pela violação;

d) Garantir às vítimas vias de recurso eficazes, nomeadamente para efeitos de reparação, conforme abaixo descrito.

III. VIOLAÇÕES FLAGRANTES DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E VIOLAÇÕES GRAVES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO QUE CONSTITUAM CRIMES AO ABRIGO DO DIREITO INTERNACIONAL

4. Em casos de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário que constituam crimes ao abrigo do direito internacional, os Estados têm o dever de investigar e, se existirem provas suficientes, o dever de submeter a processo-crime a pessoa alegadamente responsável pelas violações e, se esta for considerada culpada, o dever de a punir. Para além disso, nestes casos, os Estados devem, em conformidade com o direito internacional, cooperar entre si e auxiliar os órgãos jurisdicionais internacionais na investigação e julgamento de tais violações.

5. Para este efeito, sempre que previsto num tratado aplicável ou exigido por outras obrigações jurídicas internacionais, os Estados deverão incorporar, ou aplicar de outro modo, no seu direito interno, disposições adequadas para estabelecer a jurisdição universal. Para além disso, sempre que um tratado aplicável o preveja ou outras obrigações jurídicas internacionais o imponham, os Estados devem facilitar a extradição ou a entrega de delinquentes a outros Estados e aos órgãos jurisdicionais internacionais competentes e garantir assistência judiciária e outras formas de cooperação na prossecução da justiça internacional, incluindo a assistência e proteção de vítimas e testemunhas, em conformidade com as normas jurídicas internacionais de direitos humanos e sem prejuízo do preenchimento dos requisitos impostos pelo direito internacional tais como os relativos à proibição da tortura e outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

IV. PRESCRIÇÃO

6. Sempre que um tratado aplicável o preveja ou outras obrigações jurídicas internacionais o imponham, a prescrição não se aplicará a violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos nem a violações graves do direito internacional humanitário que constituam crimes ao abrigo do direito internacional.

7. As normas internas em matéria de prescrição para outros tipos de violações que não constituam crimes ao abrigo do direito internacional, incluindo as que estabelecem os prazos

de prescrição aplicáveis a ações civis e outros processos, não devem ser indevidamente restritivas.

V. VÍTIMAS DE VIOLAÇÕES FLAGRANTES DE NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E VIOLAÇÕES GRAVES DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

8. Para os efeitos do presente documento, vítimas são pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um dano, nomeadamente um dano físico ou mental, um sofrimento emocional, um prejuízo econômico ou um atentado importante aos seus direitos fundamentais, em resultado de atos ou omissões que constituam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos, ou violações graves do direito internacional humanitário. Sempre que apropriado, e em conformidade com o direito interno, o termo "vítima" compreende também os familiares próximos ou dependentes da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para prestar assistência a vítimas em perigo ou para impedir a vitimização.

9. Uma pessoa será considerada vítima independentemente do fato de o autor da violação ter ou não sido identificado, capturado, acusado ou condenado e qualquer que seja a relação de parentesco entre o autor e a vítima.

VI. TRATAMENTO DAS VÍTIMAS

10. As vítimas devem ser tratadas com humanidade e respeito pela sua dignidade e pelos seus direitos humanos, devendo ser adotadas medidas adequadas a fim de garantir a sua segurança, o seu bem-estar físico e psicológico e a sua privacidade, bem como a das suas famílias. O Estado deve assegurar que a sua legislação interna garante, tanto quanto possível, que uma vítima de violência ou trauma recebe uma atenção e cuidado especiais a fim de evitar que ocorram novos traumatismos no âmbito dos processos judiciais e administrativos destinados a fazer justiça e garantir a reparação.

VII. DIREITO DAS VÍTIMAS A VIAS DE RECURSO

11. Os recursos contra violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e violações graves do direito internacional humanitário incluem o direito das vítimas às seguintes garantias, previstas pelo direito internacional:

a) Acesso efetivo à justiça, em condições de igualdade;

b) Reparação adequada, efetiva e rápida do dano sofrido;

c) Acesso a informação pertinente sobre as violações e os mecanismos de reparação.

VIII. ACESSO À JUSTIÇA

12. Uma vítima de uma violação flagrante das normas internacionais de direitos humanos ou de uma violação grave do direito internacional humanitário terá acesso, em condições de igualdade, a um recurso judicial efetivo nos termos previstos pelo direito internacional. Outros recursos à disposição das vítimas incluem o acesso a órgãos administrativos e de outra natureza, bem como a mecanismos, modalidades e procedimentos conduzidos em conformidade com o direito interno. As obrigações, decorrentes do direito internacional, de garantir o direito de acesso à justiça e a procedimentos justos e imparciais deverão estar refletidas na legislação interna. Para estes efeitos, os Estados devem:

a) Difundir, através de mecanismos públicos e privados, informação sobre todos os recursos existentes contra violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e violações graves do direito internacional humanitário;

b) Tomar medidas a fim de minimizar os transtornos causados às vítimas e seus representantes, proteger a sua privacidade contra interferências ilegais conforme necessário, e garantir a sua segurança contra manobras de intimidação e retaliação, assim como a das respectivas famílias e testemunhas, antes, durante e após os processos judiciais, administrativos ou outros que afetem os interesses das vítimas;

c) Proporcionar uma assistência adequada às vítimas que tentam ter acesso à justiça;

d) Disponibilizar todos os meios jurídicos, diplomáticos e consulares adequados para garantir que as vítimas possam exercer o seu direito de recurso contra violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos ou violações graves do direito internacional humanitário.

13. Para além do acesso individual à justiça, os Estados devem esforçar-se por desenvolver processos que permitam a grupos de vítimas apresentar os seus pedidos de reparação e obter reparação, conforme adequado.

14. Um recurso adequado, efetivo e rápido para violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos ou violações graves de direito internacional humanitário

deve incluir todos os processos internacionais disponíveis e apropriados que confiram legitimidade processual a uma pessoa, não devendo prejudicar quaisquer outras vias internas de recurso.

IX. REPARAÇÃO DO DANO SOFRIDO

15. Uma reparação adequada, efetiva e rápida destina-se a promover a justiça, remediando violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos ou violações graves do direito internacional humanitário. A reparação deve ser proporcional à gravidade das violações e ao dano sofrido. Em conformidade com a sua legislação interna e as suas obrigações jurídicas internacionais, um Estado deverá assegurar a reparação das vítimas por atos ou omissões que possam ser imputáveis ao Estado e constituam violações flagrantes de normas internacionais de direitos humanos ou violações graves do direito internacional humanitário. Nos casos em que um indivíduo, uma pessoa coletiva ou outra entidade seja considerada responsável pela reparação da vítima, a parte em causa deverá assegurar a reparação da vítima ou indenizar o Estado caso este tenha já garantido tal reparação.

16. Os Estados devem esforçar-se por estabelecer programas nacionais para a reparação e prestação de outros tipos de assistência às vítimas caso as partes responsáveis pelo dano sofrido não possam ou não queiram cumprir as suas obrigações.

17. Os Estados deverão, relativamente aos pedidos das vítimas, executar as sentenças nacionais que determinem a reparação proferidas contra indivíduos ou entidades responsáveis pelo dano sofrido, e esforçar-se por executar as sentenças estrangeiras válidas que determinem a reparação, em conformidade com o direito interno e as respetivas obrigações jurídicas internacionais. Para esse efeito, os Estados devem estabelecer na sua legislação interna mecanismos eficazes para a execução das sentenças que determinem a reparação.

18. Em conformidade com o direito interno e o direito internacional, e tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso, as vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário devem, conforme apropriado e de forma proporcional à gravidade da violação e às circunstâncias de cada caso, obter uma reparação plena e efetiva, conforme estipulado nos princípios 19 a 23, nomeadamente sob as seguintes formas: restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

19. A restituição deve, sempre que possível, restaurar a situação original em que a vítima se encontrava antes da ocorrência das violações flagrantes das normas internacionais

de direitos humanos ou das violações graves de direito internacional humanitário. A restituição compreende, conforme apropriado: restabelecimento da liberdade, gozo dos direitos humanos, identidade, vida familiar e cidadania, regresso ao respectivo local de residência, reintegração no emprego e devolução de bens.

20. A indenização deve ser garantida, de forma apropriada e proporcional à gravidade da violação e às circunstâncias de cada caso, para qualquer dano economicamente avaliável resultante de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário, nomeadamente:

a) Danos físicos ou mentais;

b) Oportunidades perdidas, incluindo nos domínios do emprego, da educação e dos benefícios sociais;

c) Prejuízos materiais e lucros cessantes, incluindo potenciais lucros cessantes;

d) Danos morais;

e) Despesas necessárias para efeitos de assistência jurídica ou especializada, medicamentos e serviços médicos, e serviços psicológicos e sociais.

21. A reabilitação deve compreender a assistência médica e psicológica, bem como os serviços jurídicos e sociais.

22. A satisfação deve compreender, sendo caso disso, todas ou algumas das seguintes medidas:

a) Medidas eficazes com vista à cessação de violações contínuas;

b) Verificação dos fatos e revelação pública da verdade na medida em que tal revelação não cause danos adicionais nem ameace a segurança e os interesses da vítima, dos familiares da vítima, de testemunhas ou de pessoas que tenham tido alguma intervenção para auxiliar a vítima ou impedir a ocorrência de novas violações;

c) Busca do paradeiro de pessoas desaparecidas, da identidade de crianças raptadas e do corpo de pessoas assassinadas, e assistência na recuperação, identificação e reinumação dos cadáveres em conformidade com os desejos expressos ou presumidos das vítimas, ou as práticas culturais das suas famílias e comunidades;

d) Declaração oficial ou decisão judicial que restabeleça a dignidade, a reputação e os direitos da vítima e de pessoas estreitamente ligadas à vítima;

e) Desculpa pública, incluindo o reconhecimento dos fatos e a aceitação de responsabilidades;

f) Sanções judiciais e administrativas contra as pessoas responsáveis pelas violações;

g) Comemorações e homenagens às vítimas;

h) Inclusão de informações exatas sobre as violações ocorridas na formação incidente sobre as normas internacionais de direitos humanos e direito internacional humanitário e nos materiais didáticos para todos os níveis de ensino;

23. As garantias de não repetição devem incluir, sendo caso disso, todas ou algumas das seguintes medidas, as quais contribuirão também para a prevenção:

a) Garantia de um controle efetivo das forças militares e de segurança pelas autoridades civis;

b) Garantia de que todos os procedimentos civis e militares observam as normas internacionais relativas às garantias processuais, à equidade e à imparcialidade;

c) Reforço da independência do poder judicial;

d) Proteção dos profissionais das áreas da justiça, da medicina e dos serviços de saúde, dos profissionais da comunicação social e outras profissões conexas, e dos defensores de direitos humanos;

e) Prestação, a título prioritário e de forma continuada, de educação em matéria de direitos humanos e direito internacional humanitário a todos os setores da sociedade e de formação nessas áreas aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como às forças militares e de segurança;

f) Promoção da observância de códigos de conduta e normas éticas, em particular normas internacionais, por parte dos funcionários públicos, incluindo funcionários responsáveis pela aplicação da lei e pessoal da administração penitenciária, meios de comunicação social, serviços médicos, psicológicos e sociais e pessoal militar, bem como por parte das empresas comerciais;

g) Promoção de mecanismos para a prevenção e monitorização de conflitos sociais e sua resolução;

h) Revisão e alteração de leis que favoreçam ou permitam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e violações graves do direito internacional humanitário.

X. ACESSO A INFORMAÇÃO PERTINENTE SOBRE VIOLAÇÕES E MECANISMOS DE REPARAÇÃO

24. Os Estados devem desenvolver meios para informar o público em geral e, em particular, as vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e

de violações graves do direito internacional humanitário, acerca dos direitos e recursos referidos nos presentes Princípios e Diretrizes Básicas e de todos os serviços disponíveis de natureza jurídica, médica, psicológica, social, administrativa e outras aos quais as vítimas possam ter direito de acesso. Para além disso, as vítimas e seus representantes devem ter o direito de procurar e obter informação sobre as causas que conduzem à sua vitimização e sobre as causas e condições das violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e violações graves do direito internacional humanitário, e o direito de saber a verdade relativamente a estas violações.

XI. NÃO DISCRIMINAÇÃO

25. Os presentes Princípios e Diretrizes Básicas deverão ser aplicados e interpretados em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos e direito humanitário, sem discriminação de qualquer tipo ou por qualquer motivo, sem exceção.

XII. INDERROGABILIDADE

26. Nenhuma disposição dos presentes Princípios e Diretrizes Básicas pode ser interpretada no sentido de restringir ou derrogar os direitos de outras pessoas que sejam protegidas a nível internacional ou nacional, em particular o direito do arguido a beneficiar das garantias processuais aplicáveis.

Anexo 3 − Resolução n. 225/2016 do CNJ

Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO as recomendações da Organização das Nações Unidas para fins de implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, que estabelecem os seus princípios básicos;

CONSIDERANDO que o direito ao acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa;

CONSIDERANDO que, diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de orientação e ação, assegurando uma boa execução da política pública respectiva, e respeitando as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que cabe ao Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas formas de resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, sempre objetivando a promoção da paz social;

CONSIDERANDO que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais;

CONSIDERANDO que o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 estabelece, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de

conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas;

CONSIDERANDO que compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que compete, ainda, ao CNJ contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, diretriz estratégica de gestão da Presidência do CNJ para o biênio 2015-2016, nos termos da Portaria 16 de fevereiro de 2015, o que gerou a Meta 8 para 2016, em relação a todos os Tribunais;

CONSIDERANDO o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ 74 de 12 de agosto de 2015 e o decidido pelo Plenário do CNJ nos autos do Ato Normativo 0002377-12.2016.2.00.0000, na 232ª Sessão Ordinária realizada em 31 de maio de 2016;

RESOLVE:

CAPÍTULO I
DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um 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.

§ 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se:

I – Prática Restaurativa: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo;

II – Procedimento Restaurativo: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo;

III – Caso: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas;

IV – Sessão Restaurativa: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo;

V – Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos:

a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades;

b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor;

c) reparação dos danos sofridos;

d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

§ 2° A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

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.

§ 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.

CAPÍTULO II
DAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Art. 3º. Compete ao CNJ organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa, pautado pelas seguintes linhas programáticas:

I – caráter universal, proporcionando acesso a procedimentos restaurativos a todos os usuários do Poder Judiciário que tenham interesse em resolver seus conflitos por abordagens restaurativas;

II – caráter sistêmico, buscando estratégias que promovam, no atendimento dos casos, a integração das redes familiares e comunitárias, assim como das políticas públicas relacionadas a sua causa ou solução;

III – caráter interinstitucional, contemplando mecanismos de cooperação capazes de promover a Justiça Restaurativa junto das diversas instituições afins, da academia e das organizações de sociedade civil;

IV – caráter interdisciplinar, proporcionando estratégias capazes de agregar ao tratamento dos conflitos o conhecimento das diversas áreas científicas afins, dedicadas ao estudo dos fenômenos relacionados à aplicação da Justiça Restaurativa;

V – caráter intersetorial, buscando estratégias de aplicação da Justiça Restaurativa em colaboração com as demais políticas públicas, notadamente segurança, assistência, educação e saúde;

VI – caráter formativo, contemplando a formação de multiplicadores de facilitadores em Justiça Restaurativa;

VII – caráter de suporte, prevendo mecanismos de monitoramento, pesquisa e avaliação, incluindo a construção de uma base de dados.

Art. 4º. O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça:

I – assegurar que a atuação de servidores, inclusive indicados por instituições parceiras, na Justiça Restaurativa seja não compulsória e devidamente reconhecida para fins de cômputo da carga horária, e que o exercício das funções de facilitador voluntário seja considerado como tempo de experiência nos concursos para ingresso na Magistratura;

II – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura de não-violência e para que nas Escolas Judiciais e da Magistratura, bem como nas capacitações de servidores e nos cursos de formação inicial e continuada, haja módulo voltado à Justiça Restaurativa;

III – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, as Defensorias Públicas, as Procuradorias, o Ministério Público e as demais instituições relacionadas, estimulando a participação na Justiça Restaurativa e valorizando a atuação na prevenção dos litígios.

CAPÍTULO III
DAS ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Art. 5º. Os Tribunais de Justiça implementarão programas de Justiça Restaurativa, que serão coordenados por órgão competente, estruturado e organizado para tal fim, com representação de magistrados e equipe técnico-científica, com as seguintes atribuições, dentre outras:

I – desenvolver plano de difusão, expansão e implantação da Justiça Restaurativa, sempre respeitando a qualidade necessária à sua implementação;

II – dar consecução aos objetivos programáticos mencionados no art. 3º e atuar na interlocução com a rede de parcerias mencionada no art. 4º;

III – incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores e voluntários nas técnicas e nos métodos próprios de Justiça Restaurativa, sempre prezando pela qualidade de tal formação, que conterá, na essência, respostas a situações de vulnerabilidade e de atos infracionais que deverão constar dentro de

uma lógica de fluxo interinstitucional e sistêmica, em articulação com a Rede de Garantia de Direitos;

IV – promover a criação e instalação de espaços de serviço para atendimento restaurativo nos termos do artigo 6º, desta Resolução.

§1º. Caberá aos tribunais estabelecer parcerias ou disponibilizar recursos humanos e materiais para a instalação e continuidade do programa e dos serviços de atendimento, que contarão com a atuação de facilitadores de processos restaurativos e de equipe técnica interdisciplinar composta por profissionais como psicólogos e assistentes sociais.

§2º. Para os fins do disposto no caput deste artigo, os tribunais deverão apoiar e dar continuidade a eventuais coordenadorias, núcleos ou setores que já venham desenvolvendo a Justiça Restaurativa em suas atividades institucionais.

Art. 6º. Na implementação de projetos ou espaços de serviço para atendimento de Justiça Restaurativa, os tribunais observarão as seguintes diretrizes:

I – destinar espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, que deve ser estruturado de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade;

II – designar magistrado responsável pela coordenação dos serviços e da estrutura, que deverá contar, também, com pessoal de apoio administrativo;

III – formar e manter equipe de facilitadores restaurativos, arregimentados entre servidores do próprio quadro funcional ou designados pelas instituições conveniadas, os quais atuarão com dedicação exclusiva ou parcial, e voluntários, sempre que possível auxiliados por equipes técnicas de apoio interprofissional;

IV – zelar para que cada unidade mantenha rotina de encontros para discussão e supervisão dos casos atendidos, bem como promova registro e elabore relatórios estatísticos;

V – primar pela qualidade dos serviços, tendo em vista que as respostas aos crimes, aos atos infracionais e às situações de vulnerabilidade deverão ser feitas dentro de uma lógica interinstitucional e sistêmica e em articulação com as redes de atendimento e parceria com as demais políticas públicas e redes comunitárias;

VI – instituir, nos espaços de Justiça Restaurativa, fluxos internos e externos que permitam a institucionalização dos procedimentos restaurativos em articulação com as redes de atendimento das demais políticas públicas e as redes comunitárias, buscando a interconexão de ações e apoiando a expansão dos princípios e das técnicas restaurativas para outros segmentos institucionais e sociais.

CAPÍTULO IV
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.

Art. 8º. Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.

§ 1º. O facilitador restaurativo coordenará os trabalhos de escuta e diálogo entre os envolvidos, por meio da utilização de métodos consensuais na forma autocompositiva de resolução de conflitos, próprias da Justiça Restaurativa, devendo ressaltar durante os procedimentos restaurativos:

I – o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão;

II – o entendimento das causas que contribuíram para o conflito;

III – as consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar;

IV – o valor social da norma violada pelo conflito.

§ 2º. O facilitador restaurativo é responsável por criar ambiente propício para que os envolvidos promovam a pactuação da reparação do dano e das medidas necessárias para que não haja recidiva do conflito, mediante atendimento das necessidades dos participantes das sessões restaurativas.

§ 3º. Ao final da sessão restaurativa, caso não seja necessário designar outra sessão, poderá ser assinado acordo que, após ouvido o Ministério Público, será homologado pelo magistrado responsável, preenchidos os requisitos legais.

§ 4º. 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, preservados os princípios do sigilo e da confidencialidade, exceção

feita apenas a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes, exigida por lei, ou a situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes.

§5º. 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.

§6º. Independentemente do êxito na autocomposição, 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.

Art. 9º. As técnicas autocompositivas do método consensual utilizadas pelos facilitadores restaurativos buscarão incluir, além das pessoas referidas no art. 1º, § 1º, V, a, desta Resolução, aqueles que, em relação ao fato danoso, direta ou indiretamente:

I – sejam responsáveis por esse fato;

II – foram afetadas ou sofrerão as consequências desse fato;

III – possam apoiar os envolvidos no referido fato, contribuindo de modo que não haja recidiva.

Art. 10. Logrando-se êxito com as técnicas referidas no artigo anterior, a solução obtida poderá ser repercutida no âmbito institucional e social, por meio de comunicação e interação com a comunidade do local onde ocorreu o fato danoso, bem como, respeitados os deveres de sigilo e confidencialidade, poderão ser feitos encaminhamentos das pessoas envolvidas a fim de atendimento das suas necessidades.

Art. 11. As sessões restaurativas serão realizadas em espaços adequados e seguros, conforme disposto no art. 6º desta Resolução.

Art. 12. Quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, fica facultado às partes diretamente interessadas submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa, na forma da lei.

CAPÍTULO V
DO FACILITADOR RESTAURATIVO

Art. 13. Somente serão admitidos, para o desenvolvimento dos trabalhos restaurativos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário, facilitadores previamente capacitados, ou em formação, nos termos do Capítulo VI, desta Resolução.

Parágrafo único. Os facilitadores deverão submeter-se a curso de aperfeiçoamento permanente, realizado na forma do Capítulo VI, o qual tomará por base o que declinado pelos participantes das sessões restaurativas, ao final destas, em formulários próprios.

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.

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

CAPÍTULO VI
DA FORMAÇÃO E CAPACITAÇÃO

Art. 16. Caberá aos tribunais, por meio das Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura, promover cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§1º. O plano pedagógico básico dos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa deverá ser estruturado em parceria com o órgão delineado no art. 5º da presente Resolução.

§2º. Levar-se-ão em conta, para o plano pedagógico básico dos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa, os dados obtidos nos termos do Capítulo VII da presente Resolução.

§3º. Os formadores do curso referido no caput deste artigo devem ter experiência comprovada em capacitação na área de Justiça Restaurativa, bem como atestados de realização de procedimentos restaurativos e atuação em projetos relacionados à Justiça Restaurativa.

Art. 17. Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores deverão observar conteúdo programático com número de exercícios simulados e carga horária mínima, conforme deliberado pelo Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, contendo, ainda, estágio supervisionado, como estabelecido pelas Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura.

Parágrafo único. Será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos oriundos das comunidades, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça.

CAPÍTULO VII
DO MONITORAMENTO E DA AVALIAÇÃO

Art. 18. Os tribunais, por meio do órgão responsável, deverão acompanhar o desenvolvimento e a execução dos projetos de Justiça Restaurativa, prestando suporte e auxílio para que não se afastem dos princípios básicos da Justiça Restaurativa e dos balizamentos contidos nesta Resolução.

§1º. Os tribunais deverão, ainda, valer-se de formulários específicos, pautados nos princípios e na metodologia próprios da Justiça Restaurativa, conforme Resolução CNJ 76/2009.

§2º. A criação e manutenção de banco de dados sobre as atividades da Justiça Restaurativa é de responsabilidade dos tribunais.

Art. 19. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os projetos de Justiça Restaurativa existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles.

Parágrafo único. Com base nas informações oriundas dos tribunais, o CNJ promoverá estudos, com auxílio de especialistas, para fins de elaboração de plano disciplinar básico para a formação em Justiça Restaurativa junto às Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura.

Art. 20. Serão adotados, pelos Tribunais de Justiça, parâmetros adequados para a avaliação dos projetos de Justiça Restaurativa, preferencialmente, com instituições parceiras e conveniadas.

CAPÍTULO VIII
DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 21. Os tribunais, consideradas as peculiaridades locais no âmbito de sua autonomia, estabelecerão parâmetros curriculares para cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores, com número de exercícios simulados, carga horária mínima e estágio supervisionado.

Art. 22. Para fins de efetivação do disposto no art. 35, II, da Lei 12.594/2012, poderão os tribunais certificar como aptos ao atendimento extrajudicial de autocomposição de conflitos, os espaços de serviço mantidos por organizações governamentais ou não governamentais, que atendam aos qualificativos estabelecidos nesta Resolução.

Art. 23. Fica acrescido o seguinte dispositivo ao § 1º do art. 2º da Resolução CNJ 154/2012:

"V – Projetos de prevenção e ou atendimento a situações de conflitos, crimes e violências, inclusive em fase de execução, que sejam baseados em princípios e práticas da Justiça Restaurativa."

Art. 24 Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3º da Resolução CNJ 128/2011:

"§3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos

restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.”

Art. 25. Portaria da Presidência do CNJ poderá instituir selo de reconhecimento, e seu respectivo regulamento, aos tribunais que implementarem os objetivos da presente Resolução.

Art. 26. O disposto nesta Resolução não prejudica a continuidade de eventuais programas similares, coordenadorias, núcleos ou setores já em funcionamento, desde que desenvolvidos em consonância com os princípios da Justiça Restaurativa apresentados nesta Resolução.

Art. 27. Compete à Presidência do CNJ, com o apoio da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional no Poder Judiciário, assim como instituir e regulamentar o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas nesta Resolução.

Art. 28. Os tribunais, consideradas as peculiaridades locais e autonomia, poderão suplementar esta Resolução naquilo que não lhe for contrário.

Art. 29. Esta Resolução aplica-se, no que couber, à Justiça Federal.

Art. 30. Esta Resolução entra em vigor após decorridos sessenta dias de sua publicação.

Ministro Ricardo Lewandowski

Anexo 4 − Resolução n. 253/2018 do CNJ

Resolução n. 253/2018 do Conselho Nacional de Justiça

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais;

CONSIDERANDO o disposto na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, e outros tratados e documentos internacionais que estabelecem normas de proteção e atenção às vítimas;

CONSIDERANDO o disposto no art. 245 da Constituição Federal e a insuficiência da proteção assegurada pela Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, e institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas;

CONSIDERANDO que a ausência de legislação específica sobre a matéria e da instituição de política pública nacional que organize a atenção integral à vítima, cabendo ao Poder Judiciário priorizar e sistematizar os esforços empreendidos no acolhimento, orientação, encaminhamento e reparação e às vítimas;

CONSIDERANDO a vigência de normas legais vigentes voltadas à atenção à vítima, cuja aplicação deve ser padronizada e fiscalizada;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do CNJ, na 277ª Sessão Ordinária, realizada em 4 de setembro de 2018;

RESOLVE:

Art. 1º O Poder Judiciário deverá, no exercício de suas competências, adotar as providências necessárias para garantir que as vítimas de crimes e de atos infracionais sejam

tratadas com equidade, dignidade e respeito pelos órgãos judiciários e de seus serviços auxiliares.

§ 1º Para os fins da presente Resolução, consideram-se vítimas as pessoas que tenham sofrido dano físico, moral, patrimonial ou psicológico em razão de crime ou ato infracional cometido por terceiro, ainda que não identificado, julgado ou condenado.

§ 2º O disposto na presente Resolução aplica-se igualmente aos cônjuges, companheiros, familiares em linha reta, irmãos e dependentes das vítimas cuja lesão tenha sido causada por um crime.

Art. 2º Os tribunais deverão instituir plantão especializado para atendimento às vítimas, destinando parcela da jornada dos servidores integrantes das equipes multidisciplinares e os espaços físicos adequados para tal.

Art. 3º Nos plantões referidos no artigo antecedente, e consideradas as singularidades do caso concreto, os servidores deverão prestar às vítimas:

I - o devido acolhimento, com zelo e profissionalismo;

II - orientação sobre as etapas do inquérito policial e de eventual processo e de seu direito de consultar ou de obter cópias dos autos;

III - informações amplas pertinentes aos seus direitos, nos limites do campo de conhecimento da equipe multidisciplinar;

IV - encaminhamento escrito para rede de serviços públicos, incluídos os serviços de assistência jurídica, assistência médica, psicológica e social disponíveis na localidade;

V - informações sobre os programas de proteção a vítimas ameaçadas e respectivo encaminhamento, se for o caso;

VI - encaminhar a vítima aos programas de justiça restaurativa eventualmente instituídos em conformidade com a Resolução 225 de 31 de maio de 2016.

Art. 4º Os órgãos judiciários deverão adotar as providências possíveis para destinar ambientes de espera separadas para a vítima e seus familiares nos locais de realização de diligências processuais e audiências.

Art. 5º No curso dos processos de apuração de crimes e atos infracionais e de execução de penas e medidas socioeducativas, as autoridades judiciais deverão:

I - orientar as vítimas sobre o seu direito de estar presente em todos os atos do processo;

II - determinar às serventias o estrito cumprimento do parágrafo 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, notificando-se a vítima, por carta ou correio eletrônico, dos seguintes eventos:

a) instauração da ação penal ou arquivamento do inquérito policial;

b) expedição de mandados de prisão, alvarás de soltura e respectivos cumprimentos;

c) fugas de réus presos;

d) prolação de sentenças e decisões judiciais monocráticas ou colegiadas.

III - destinar prioritariamente as receitas relativas à prestação pecuniária para reparação dos danos aproveitados pela vítima e pessoas referidas no § 2º do artigo 12 da presente Resolução;

IV - determinar as diligências necessárias para conferir efetividade ao disposto no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, para fixar em sentença valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração;

V - adotar as providências necessárias para que as vítimas sejam ouvidas em condições adequadas para prevenir a vitimização secundária e para evitar que sofra pressões.

VI - zelar pela célere restituição de bens apreendidos, de propriedade da vítima, observadas as cautelas legais.

Art. 6º Os órgãos competentes do Poder Judiciário deverão prestar a necessária capacitação para os servidores que atuarão nos plantões referidos no art. 2º.

Art. 7º Os tribunais deverão regulamentar a instituição dos plantões referidos no art. 2º e a concessão gratuita de cópias dos autos às vítimas, se não houver norma específica sobre a matéria.

Art. 8º A Corregedoria Nacional de Justiça e as Corregedorias locais deverão incluir em seus planos de inspeção a fiscalização do cumprimento do disposto no parágrafo 2º do art. 201 do Código de Processo Penal.

Art. 9º As Corregedorias locais deverão adequar a regulamentação editada em conformidade com o art. 5º da Resolução 154, de 13 de julho de 2012, para determinar a destinação prioritária de receitas relativas à prestação pecuniária para reparação dos danos aproveitados pela vítima e pessoas referidas no § 2º do art. 1º da presente Resolução.

Art. 10. Esta Resolução tem caráter complementar, não prejudicando os direitos das vítimas assegurados em outros atos normativos específicos.

Art. 11. Esta Resolução entra em vigor 60 dias após sua publicação.

Ministra CÁRMEN LÚCIA