

Revista digital do

MPMS

Ministério Público
MATO GROSSO DO SUL



Edição 2025

Direito Penal e Processual Contemporâneo

ESMP

Escola Superior do
Ministério Público
MATO GROSSO DO SUL

“Direito Penal e Processual Contemporâneo”



ANO II - EDIÇÃO N° 2 - NOVEMBRO 2025

Revista do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Coordenador

Fabio Ianni Goldfinger

Promotor de Justiça Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Conselho Administrativo-Consultivo da ESMP-MS

Lenirce Aparecida Avellaneda Furuya

Procuradora de Justiça

Ariadne de Fátima Cantú da Silva

Procuradora de Justiça

Antonio André David Medeiros

Promotor de Justiça

Luiz Eduardo de Souza Sant’Anna Pinheiro

Promotor de Justiça

George Zarour Cezar

Promotor de Justiça

MPMS - Gestão 2024-2026

Romão Avila Milhan Junior

Procurador-Geral de Justiça

Alexandre Magno Benites de Lacerda

Procurador-Geral Adjunto de Justiça Jurídico

Nilza Gomes da Silva

Procuradora-Geral Adjunta de Justiça Administrativa

Humberto de Matos Brittes

Procurador-Geral Adjunto de Justiça Institucional

Camila Augusta Calarge Doreto

Procuradora-Geral Adjunta de Justiça Legislativa

Helton Fonseca Bernardes

Corregedor-Geral do Ministério Público

André Antonio Camargo Lorenzoni

Corregedor-Geral Substituto do Ministério Público

Renzo Siufi

Ouvidor do Ministério Público

Luiz Gustavo Camacho Terçarior

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Ludmila de Paula Castro Silva

Secretária-Geral do MPMS

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito penal e processual contemporâneo [livro eletrônico] / organização Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. -- 2. ed. -- Campo Grande, MS : Editora Lege, 2025. PDF

Vários autores.
Bibliografia
ISBN 978-65-983525-2-3

1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil
3. Direito processual 4. Direito processual - Brasil
I. Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso do Sul.

25-314738.0

CDU-343.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito processual penal 343.1

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento a obra **“Processo Penal Contemporâneo: Temas Atuais e Desafios”**, fruto do esforço e dedicação de membros e servidores do Ministério Público de Mato Grosso do Sul. A obra é reflexão para respostas às necessidades atuais do sistema de justiça penal brasileiro, na medida em que aborda temas relevantes e desafiadores que impactam a sociedade e o exercício da função jurisdicional.

Ao analisarem os principais temas contemporâneos do processo penal brasileiro e oferecem uma visão crítica e propositiva sobre os desafios enfrentados pelo sistema de justiça, é possível proporcionar uma ferramenta útil para membros do Ministério Público, advogados, magistrados, estudantes e demais operadores do Direito, que buscam entender e aprofundar seus conhecimentos sobre o direito processual penal.

Ainda os autores, pela relevância dos temas abordados, como a vítima no processo penal, a atuação do processo do Júri, o acordo de não persecução penal e outros temas relacionados a direitos humanos, contribuíram para o debate acadêmico e profissional sobre os rumos do processo penal no Brasil, apontando soluções e perspectivas inovadoras para os desafios atuais.

Espero que esta obra seja útil para todos aqueles que buscam entender e melhorar o sistema de justiça penal no Brasil.

Boa leitura a todos,

Campo Grande, outubro de 2025.

Romão Avila Milhan Junior

Procurador-Geral de Justiça
MPMS



MPMS

Ministério Público
MATO GROSSO DO SUL

MPMS

Ministério Público
MATO GROSSO DO SUL

Direito Penal e Processual Contemporâneo

ESMP

**Escola Superior do
Ministério Público**
MATO GROSSO DO SUL

SUMÁRIO

INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL E A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL PELA INSIGNIFICÂNCIA	7
* * * * *	
A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO OU PROCEDIMENTO PENAL	27
* * * * *	
AS EMOÇÕES E A PROVA NO PLENÁRIO DO JÚRI	42
* * * * *	
VIESES ALGORÍTMICOS E DISCRIMINAÇÃO ÉTNICO-RACIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL	56
* * * * *	
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA DO ACUSADO PARA A SUA CELEBRAÇÃO	67
* * * * *	
O PROTESTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO MEIO EFETIVO DE REPARAÇÃO ÀS VÍTIMAS DE CRIMINALIDADE.	83
* * * * *	
O RESGATE DO PROTAGONISMO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO – UMA TENDÊNCIA DE ACESSO À JUSTIÇA	104
* * * * *	
A INCONSTITUCIONALIDADE DA ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA EM PREJUÍZO DE VÍTIMAS VULNERÁVEIS	123
* * * * *	
ENTRE A PALAVRA E O SILÊNCIO: O ENFRENTAMENTO DA REVITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO	138
* * * * *	
PRÁTICAS EDUCATIVAS NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES	150
* * * * *	
INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COM PARTICIPAÇÃO EM HOMICÍDIOS. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO GRUPO DE EXTERMÍNIO; ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS PENAIS.	163

INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL E A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL PELA INSIGNIFICÂNCIA

FÁBIO IANNI GOLDFINGER¹

ALEXANDRE MAGNO BENITES DE LACERDA²

PALAVRAS CHAVES: Ministério Público. Política Criminal. Insignificância. Ação Penal Pública. Justa Causa.

KEYWORDS: Public Prosecutor’s Office. Criminal Policy. Insignificance. Public Criminal Action. Just Cause.

Sumário:

1. Os desafios do modelo tradicional de processo penal frente à criminalidade na pós-modernidade
2. O Ministério Público e a ação penal: controlando ou controlado?
3. A Instrumentalização do Processo Penal como Política Criminal
4. O manejo da justa causa para a ação penal pública como efetivo controle

1. OS DESAFIOS DO MODELO TRADICIONAL DE PROCESSO PENAL FRENTE À CRIMINALIDADE NA PÓS-MODERNIDADE

Não há novidade sobre o exaustivo debate relacionado à necessidade de nova estrutura processual penal, compatível com a conformação constitucional atual³ e de acordo com a pós-modernidade⁴, pois o atual e vigente foi gestado em um contexto autoritário, similar ao processo penal italiano de mesma época, ou seja, em um ambiente cultural, político e ideológico ditatorial do “Estado Novo”,

1] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Diretor da Escola Superior do MPE/MS. Doutorando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie/SP, Mestre em Processo Penal (PUC-SP). Professor de Processo Penal e Penal em diversos cursos de Pós-graduação. Autor de diversas obras jurídicas

2] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Procurador-Geral Adjunto do MP/MS. Pós-graduação “latu sensu” em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/MS. Mestre em Direito em Penal, Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona-Espanha (UGD).

3] Há em trâmite o projeto originado no Senado Federal (PL n. 156) e outro projeto apresentado na Câmara (PL n. 8.045) para a elaboração de um novo diploma processual penal, em que a influência da Constituição Federal de 1988 é marcante, em especial a efetivação e a estruturação do sistema acusatório, há tempos clamado pela doutrina e presente em diversas decisões judiciais.

4] Utiliza-se a expressão “pós-modernidade” para referenciar as mudanças ocorridas nas artes, ciências e nas sociedades desde 1950, ou seja, trata-se de um “novo contexto pautado por novos paradigmas: cibernética, robótica industrial, biologia molecular, medicina nuclear, tecnologia de alimentos, terapias psicológicas e religiões alternativas, climatização, técnicas de embelezamento, a mídia (da televisão à internet), a revolução tecnológica dos meios de comunicação, o aumento do consumo, o hedonismo e a busca constante da autossatisfação, o niilismo, enfim, inúmeras circunstâncias e características que alteram profundamente todas as formas de controle social”. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrições de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Scheider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Justiça consensual**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 421.

influenciado pelo Código Rocco, com forte inspiração fascista⁵.

É, pois, tema recorrente na doutrina que o Código de Processo Penal precisa ser atualizado por várias razões, dentre elas a conformidade com o atual texto constitucional, bem como tipo de criminalidade a se combater, pois o modelo tradicional pouco resolve.

Esse modelo demonstra a fragilidade frente ao combate à atual criminalidade, bem como a questão de organização do modo de atuação do Ministério Público, titular da ação penal pública, em especial no controle externo da atividade policial: a sociedade de risco, a inflação legislativa penal, o surgimento de crimes de difícil investigação, a sensação midiática de impunidade e morosidade da justiça.

O primeiro ponto é a existência da denominada sociedade de risco.

O mundo globalizado trouxe avanços tecnológicos e agilidade dos meios de comunicação, formando uma sociedade complexa, dinâmica, instável e desorientada frente aos parâmetros de tempo e espaço ocasionados por essa modernização.

Muito embora visassem proporcionar à sociedade um aumento de seu conforto e forma de viver, o quadro acima retratado trouxe consigo aspectos negativos, o incremento de riscos ao qual a sociedade está submetida, convencionado de *sociedade de riscos* ou *sociedade do risco*⁶. Nessa sociedade de risco imperam as relações sociais fragilizadas, instáveis, vulneráveis e complexas a transformar a vida em algo saturado de incertezas, inseguranças e riscos, exigindo a modificação de paradigmas e a adaptação dos indivíduos e das instituições aos novos desafios originados por esse tempo social acelerado.

É característico do mundo globalizado a crescente busca por sistemas desburocratizados que promovam resultados no menor tempo possível, em um cenário em que a ciência dinâmica que rege as relações sociais se adapte a algumas exigências trazidas pela pós-modernidade, afastando a estrutura formalista, ineficiente aos interesses da sociedade.

O segundo ponto é a absurda quantidade de normas incriminadoras⁷, em razão da crescente necessidade de proteção a diversos bens jurídicos em atenção aos novos interesses demandados pela sociedade, decorrentes das novas práticas e costumes advindos naturalmente do desenvolvimento social. Nesse contexto,

5] Essa ideologia foi depurada na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal brasileira, que levou à edição do Código de Processo Penal de 1941 – vigente ainda hoje – muito embora já bastante modificado. Tanto o Código italiano (1930) como o Código Penal brasileiro (1940) se valeram da tradicional colaboração de renomados juristas (método técnico-jurídico) para a confecção de suas codificações, sem que houvesse o controle final da representação popular, através de uma legitimação constitucional em que se permitia o afastamento do parlamento (no caso do Código de Processo Penal brasileiro) e por meio da delegação (no caso do Código de Processo Penal italiano). O meio utilizado para se retirar a competência do parlamento, em ambos os casos, foi uma demonstração de força para reformar um importante ramo do direito. NUNES, Diego. Processo legislativo para além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 154-156.

6] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29.

7] MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A política criminal pós-1988: o Ministério Público e a dualidade entre garantismos positivo e negativo. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). **Ministério Público**: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 755.

Alexandre Rocha pontua:

O chamado ‘direito penal moderno’, pautado pelo caos normativo e pela descodificação da legislação, implicou a criação de aproximadamente 700 novos tipos penais no Brasil desde a Constituição Federal: o aumento da moldura penal, a criminalização territorialmente extensa e a adoção de bens jurídicos ‘universais’ (supraindividuais, vagos e genéricos), evidentemente, pautaram novos paradigmas para o processo penal⁸.

Esse aumento de normas penais incriminadoras criou o fenômeno da *overload* do sistema punitivo do Estado, “sobrecarregando tanto no que se refere à previsão dos crimes e respectivas sanções como também nos mecanismos de aplicação do Direito Penal, tornando-o não eficiente e não funcional”⁹. Por isso, Luiz Luisi afirma que o “sistema penal brasileiro é um sistema ineficiente, ineficaz, um verdadeiro “elefante branco”, que não ajuda em nada. E continuamos a editar leis, leis simbólicas”¹⁰. Essa inflação legislativa decorre da ausência ou insuficiência de outras espécies de mecanismos de proteção não jurídicos, ou ainda que jurídicos, mas não necessariamente jurídico-penais, pois estes estão desprestigiados ou são insuficientes, a exemplo da ética social, do direito civil e do direito administrativo¹¹.

O resultado, conforme observa Jesús-María Silva Sánchez, é desalentador “porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*”¹². Essa expansão, em boa parte, é inútil, “na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar”¹³.

O terceiro ponto a ser abordado se interliga diretamente aos dois últimos. É o surgimento de crimes mais violentos, difusos e organizados, bem como outras espécies criminosas de maior dificuldade de apuração penal, pois, em razão dessa sociedade tecnológica, as condutas estão cada vez mais complexas e continuam a se transformar em alta velocidade.

O delito deixou de ser restrito a fronteiras geográficas, conduzindo hoje a novos desafios a serem enfrentados por penalistas e processualistas envolvendo questões penais externas aos territórios, a exemplo dos crimes de tráfico

8] MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A política criminal pós-1988: o Ministério Público e a dualidade entre garantismos positivo e negativo. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). **Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 754.

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

10] LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 116.

11] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, p. 58.

12] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, p. 61.

13] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002, p. 61.

internacional de drogas, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas, transferência ilícita de capitais, crimes cibernéticos, organizações criminosas e pedofilia, a exigirem uma modernização do direito penal e do processo penal capazes de criar instrumentos para combater essas espécies delituosas.

Atualmente, vive-se numa sociedade dependente da tecnologia e da informática que alcança todos os setores da vida pública ou privada. Essa evolução da sociedade tornou-se também, sob alguns aspectos, seu maior problema, pois não há um sistema digital absolutamente seguro. Hoje, a tecnologia propicia ações antes não imaginadas, como o ataque de *hackers* ou *ciberpiratas* invadindo diversos sistemas considerados extremamente seguros, como o sistema de defesa norte-americano¹⁴. A *internet* serve, ainda, como meio para se propagar informações criminosas¹⁵, como a preparação de explosivos, de atividades terroristas e da prática do racismo.

O quarto ponto verificado é a sensação de insegurança. Um fenômeno a trazer problemas no sistema de justiça penal, em especial, diante da atuação dos meios de comunicação, resultando naquilo que se denomina sociedade do medo. A transmissão de uma imagem da realidade permite ao receptor, que está longe e distante dos fatos, viver a mesma sensação daquele envolvido no acontecimento. O receptor da imagem, ao possuir a mesma percepção e sentimento daquele envolvido com os acontecimentos, abre espaço para percepções inexatas e para a sensação de impotência. Com razão, “por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo”¹⁶.

Assim, os meios de comunicação difundem a sensação de medo, de insegurança e de vitimização, como um meio de cobrar as instituições, invadindo a democracia pela emoção e motivando, por vezes, mudanças inadequadas na legislação penal ou até indevidas atuações institucionais. A mídia exerce uma função de controle informal ao demonstrar grande colaboração para a expansão do direito penal através da sensacionalização e da dramatização de notícias criminais. Os meios de comunicação, nesse contexto, são hábeis na produção de uma sensação de insegurança, a exigir medidas dos poderes públicos, de forma a estimular a grande pressão popular por uma forte intervenção do poder público para que se aprovelem reformas penais necessárias ao efetivo combate à aterrorizadora criminalidade.

No entanto, na realidade, o medo da criminalidade não é criado pelos meios de comunicação ou pelas instituições públicas, mas são as hipóteses que reforçam ou ainda estabilizam medos já existentes. “O medo do delito aparece como uma

14] CANALTECH. **Hackers invadem sistemas do Pentágono e encontram vários bugs de segurança**. Por: Jones Oliveira, 19 jun. 2016. Disponível em: <https://canaltech.com.br/hacker/hackers-invadem-sistemas-do-pentagono-e-encontram-varios-bugs-de-seguranca-70247/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

15] VEJA SP. **EUA denunciam jovem brasileiro adorador do massacre de Columbine**. Adolescente morava na Zona Leste da capital paulista e foi alvo de busca e apreensão. 3 fev. 2022. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/eua-denunciam-jovem-zona-leste-massacre-columbine/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

16] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

metáfora da insegurança vital generalizada”¹⁷. Diante desse cenário, o direito penal é pressionado a proporcionar maior segurança à população, a ampliar a proteção penal para pôr fim à sensação de insegurança, pouco se discutindo a modificação ou não de garantias, muitas vezes consideradas demasiadamente rígidas e, por isso, se transformando em alvos de maior flexibilização.

O processo penal tradicional, na visão explorada pela mídia, retira a igualdade de partes e paridades de armas entre acusação e defesa, desmonta garantias constitucionais irrenunciáveis, cria um “processo penal paralelo” difundido pela mídia de forma superficial e emocional que não permite a todos os envolvidos a igualdade de oportunidade para a exposição de pontos de vista. A cobertura midiática macula a presunção de inocência, de forma desconhecida ou deliberadamente ignorada, para satisfazer o sensacionalismo e os interesses de alguns, provocando o desequilíbrio entre os sujeitos do processo, deixando a percepção de que os procedimentos de apuração são obsoletos e ineficientes. O processo penal passa a ser encarado, então, como um meio demorado de se fazer justiça, em contrapartida à maneira célere e perfeita da investigação da mídia¹⁸.

Por fim, o último ponto a ser elencado é a morosidade judicial na aplicação das penas. Algumas ações penais demoram para seu julgamento em razão do congestionamento processual. A morosidade da justiça pode ter origem desde questões ligadas ao aparelhamento dos órgãos judiciários, como em razão de questões relacionadas ao processo. O tempo gasto para se efetuar a prestação jurisdicional surge como um dos fatores da atualidade importantes no processo penal.

O mecanismo tradicional, pautado nos padrões clássicos do processo penal e em pura dogmática, como um ato mecânico de apenas propor a ação penal pública fundamentada em um inquérito policial, sem qualquer análise jurídica crítica sobre o contexto penal fático e de forma mecanizada, não mais se sustenta.

Para enfrentar os problemas sociais contemporâneos que ultrapassam fronteiras geográficas, dada a evidência do expansionismo transfronteiriço dos delitos, o Ministério Público deve estruturar-se em torno da tutela dos direitos – não de estruturas formais e territoriais – mas a partir de uma orientação fundada na premissa de que um empecilho processual não justificado em direitos fundamentais deve ser removido dogmaticamente, por desviar de uma ideologia processual constitucional¹⁹.

Conforme adverte Alexandre Rocha, é preciso que o Ministério Público:

compreenda que, assim como não é mais possível combater a criminalidade contemporânea com instrumentos e com a dogmática de inspiração clássica, a

17] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002, p. 40.

18] ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório** – evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 123.

19] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Ministério Público e o processo civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 66.

Instituição não pode continuar simplesmente a agir com o modelo de intervenção pensado pelo legislador na década de 40 do século passado²⁰.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO PENAL: CONTROLANDO OU CONTROLADO?

O processo penal ainda precisa ser modificado para definitivamente guardar relação intrínseca com as normas constitucionais, de forma a impactar diretamente o sistema processual e, por consequência, o Ministério Público, a parte acusatória definida pela Constituição Federal de 1988²¹.

A atuação do Ministério Público, como órgão acusador do Estado, deve ser pela correta aplicação da lei, a funcionar no caso concreto como um *custo iuris*, tendo em vista que o Estado não tem interesse em sustentar uma acusação injusta. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, I, instituiu a cláusula constitucional para atribuir ao Ministério Público o monopólio da ação penal, incumbindo-o ainda do exercício da promoção da política criminal repressiva no Brasil²², entre outras medidas legais relacionadas²³. Essa parcela do poder estatal implica uma função constitucional elevada à cláusula pétrea expressa, pois a ação penal pública é uma garantia constitucional da sociedade²⁴.

A sociedade espera que a criminalidade seja combatida de forma preventiva (expectativa de segurança), bem como espera que o violador da lei penal receba uma resposta penal adequada ao caso concreto (expectativa de justiça), através da atuação funcional do Ministério Público prevista na Constituição, mediante a propositura da ação penal pública, arquivamento ou ainda outras medidas de consenso previstas em lei, permitindo que haja um mecanismo de freios e contrapesos constitucional a esse exercício (art. 5º, LIX, da CF/88), exatamente por se tratar de um direito fundamental previsto ao cidadão, portanto, uma cláusula pétrea.

Decorre do monopólio da ação penal pública exercida pelo Ministério Público, além de lhe ser permitido o exercício do poder investigatório criminal²⁵, a decisão final de arquivar qualquer peça de informação criminal, fundamentada em

20] MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A política criminal pós-1988: o Ministério Público e a dualidade entre garantismos positivo e negativo. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). **Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 761-762.

21] A origem do Ministério Público se confunde, mistura-se com o exercício da ação penal pública. Sobre a origem do Ministério Público conferir: LYRA, Roberto. **Novo direito penal: introdução**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 17-23.

22] GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública – uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 115.

23] Além da ação penal pública, o Ministério Público tem legitimidade ativa para requerer medidas acauteladoras e demais incidentes previstos no Código de Processo Penal, embora a legislação processual atribua capacidade postulatória a outros órgãos e autoridades públicas, contrariamente ao comando constitucional. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público – a Constituição e as Leis Orgânicas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

24] Art. 5º, inc. LIX c.c art. 129, I, da CF/88.

25] Sobre ponderações da permissão constitucional de investigação criminal pelo Ministério Público, conferir: Alexandre Magno Benites de Lacerda: A investigação criminal pelo Ministério Público na visão do Supremo Tribunal Federal. In: *Tomo 2 - Democracia, Justiça E Cidadania. 1.ED.*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L4041>. Acesso em: 1 jun. 2025.

análise da justa causa da ação penal ou mediante o uso da justiça penal consensual, “a partir de uma ótica contemporânea do processo penal baseado no princípio acusatório”²⁶.

Com perfil dotado pela Constituição cidadã, constituído de garantias e abrigado pelos princípios da unidade e da independência funcional, o Ministério Público, no exercício de suas funções, em particular a ação penal pública, representa a sociedade.

Para uma melhor atuação, é necessária a imposição da formatação de políticas criminais pautadas pela eficiência, que deverão nortear a atuação como órgão indivisível e assegurar sua missão constitucional de defesa do regime democrático²⁷.

A decisão do Ministério Público para iniciar ou não uma ação penal pública decorre basicamente das investigações criminais produzidas nos inquéritos policiais conduzidos pela polícia investigativa.

Mas o que, como e quais fatos considerados típicos penalmente são investigados pela polícia investigativa? Eis a problemática que o Ministério Público deve enfrentar, pois a propositura da ação penal pública pelo Ministério Público não é exercida devidamente pelo atual sistema processual previsto.

Um dos problemas mais graves são as quantidades de registros de ocorrências, em especial os que envolvem contextos de violência, que não chegam a ser investigados, seja pela polícia investigativa ou pelo próprio Ministério Público.

As regras atuais que envolvem a dinâmica do inquérito policial precisam ser revistas e aperfeiçoadas, modernizadas de acordo com as questões atuais para o enfrentamento da criminalidade e com a necessária intervenção do Ministério Público, titular da ação penal pública. O quadro atual das regras do inquérito policial é burocrático e autoritário, com sinais evidentes de desgaste, abrindo uma série de distorções na investigação criminal, problemas de indiciamento, excesso de dilações de prazos, degradando a investigação, perdendo sua premissa básica de subsidiar o trabalho do titular da acusação, portanto, gerando descrédito da sociedade de modo a não noticiarem os crimes, ampliando o que se denomina de cifras²⁸, tornando imprescindível a modernização do aparato legislativo sobre a dinâmica das investigações criminais, especialmente o inquérito policial.

26] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público** – a Constituição e as Leis Orgânicas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

27] PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual. *Foro, Nueva Época*, v. 22, n. 1, 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.5209/foro.66636>. Acesso em: 13 jun. 2022, p. 107.

28] “As expressões cifras geralmente são designadas para fazer referências aos crimes que não chegam ao conhecimento das autoridades. Assim, pode-se dizer em: a) cifras negras (oculta ou escura): trata-se de um termo mais genérico das cifras, apontando a quantidade de crimes que não chegam ao conhecimento das autoridades; b) cifras douradas: refere-se a criminalidade do colarinho branco; c) cifra cinza: são as ocorrências policiais que não chegam a fase judicial, por diversas razões; d) cifras amarela: delitos relacionados a funcionários públicos que não chegam ao conhecimentos dos órgãos do Estado, devido ao temor de represálias; e) cifras verde: delitos contra o meio ambiente que não chegam ao conhecimento das autoridades policiais; f) cifras azul: são delitos econômicos praticados por pessoas menos favorecidas; g) cifras rosa: relaciona-se aos delitos que envolvem a Lei Maria da Penha que não chegam ao conhecimento das autoridades; h) cifras arco-íris: referem-se a crimes de homofobia que não chegam as autoridades.” GOLDFINGER, Fábio Ianni. *Manual do direito penal: parte geral* / Fábio Goldfinger. – 2. ed. – Leme-SP: Mizuno, 2022. p. 282.

Um inquérito policial bem conduzido e instruído é primordial para a tomada de decisão do Ministério Público e da vítima, nas hipóteses em que sua intervenção é necessária.

Dentre todas as mudanças a serem realizadas, o uso da tecnologia existente na modernidade é essencial para a efetividade da atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial, bem como para a tomada de decisão eficaz no que tange à continuidade ou não das investigações e aplicação de políticas criminais adotadas em prol de uma segurança jurídica. As investigações devem ser providas de mais oralidade²⁹, com registros audiovisuais, todos armazenados e produzidos em meio eletrônico.

Nota-se que, para exercer sua função constitucional de promoção da ação penal pública, é necessário que o Ministério Público aprimore a forma pela qual exerce o controle sobre a forma como são propostas as ações penais públicas, para que de fato exerça a titularidade da ação penal e atue efetivamente no controle do exercício da atividade policial, bem como verificar se a atuação no combate à criminalidade está voltada para o que a sociedade espera do Ministério Público.

A sobrevida do Ministério Público na atuação privativa do exercício da ação penal pública depende de um realinhamento de política criminal, racionalizando o exercício da atuação penal, de forma que os esforços institucionais se concentrem frente à criminalidade que efetivamente cause prejuízos imensuráveis à sociedade.

Nesse caminho, o processo penal, através da análise da propositura ou não da ação penal, pode ser um instrumento da política criminal a ser adotado pelo Ministério Público para alcançar o objetivo acima proposto.

3. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL COMO POLÍTICA CRIMINAL

O processo penal possui uma utilidade de política-criminal a ser alcançada, porém, dentro do sistema constitucional e processual penal brasileiro, pois este deve transcorrer dentro dos limites estritos colocados pela dogmática processual penal³⁰, necessária em um Estado de Direito.

Esse é um ponto de reflexão, pois há quem sustente existir um modelo de processo penal fundado apenas em premissas dogmáticas, assegurando a igualdade e a formalidade na aplicação do direito penal material, não se permitindo a valoração de política-criminal, ou um outro modelo, que, para além de sua missão de garantia, possa perseguir as finalidades políticas-criminais.

Pesa a crítica sobre uma orientação de política-criminal no processo penal a possibilidade de se ocultar outras formas de interesses – políticos e ideológicos – daqueles a quem o sistema criminal deve ser orientado, contrários à segurança pública e à liberdade individual, corrompendo, assim, as bases formadoras do Estado de Direito. É certo que esse raciocínio não está incorreto, contudo, essa possibilidade

29] Sobre a importância do princípio da oralidade no processo penal brasileiro, conferir: Demercian, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. 130 p.

30] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 44.

também é viável mesmo na versão do processo penal de pura dogmática.

No plano do Direito Penal, a política criminal refere-se ao modo em que o Estado enfrenta e combate a criminalidade. Antônio Carlos da Ponte³¹ destaca que a política criminal possui um duplo sentido: de um lado, a atividade do Estado e, de outro, a atividade científica. A atividade do Estado consiste não só na função de estabelecer as condutas delituosas e as sanções penais correspondentes, mas também na prevenção de delitos por meio de medidas extrapenais, como saneamento básico, iluminação pública, educação etc. Já a atividade científica, a política criminal estabelece o modelo de sistema punitivo a ser seguido e os fins que ele procura alcançar por intermédio do Direito Penal, que se submete a princípios limitadores. Dessa forma, por meio da política criminal, são traçadas as estratégias e formas de controle social referentes às condutas que implicam uma infração penal. Assim, pode-se apresentar propostas concretas para a alteração do Direito Penal, adequando-se a mudança à realidade que se encontra³².

E no plano do processo penal? É possível a orientação político-criminal dentro de um enquadramento sistêmico do processo penal. Como ocorre no direito penal material, o processo penal será revestido em um modelo para se exteriorizar a política criminal, conforme o aspecto funcional (modo de validade jurídica) e o aspecto garantista (limites ancorados nos valores e nos princípios constitucionais).

Sob o aspecto funcional, relaciona-se à maior eficiência do processo penal, pois são catastróficos os efeitos produzidos por sua lenta tramitação, na medida em que há uma quebra de confiança do cidadão à tutela eficaz, o que estimula a autodefesa. Além disso, quanto mais tempo se passa desde o fato, maior a dificuldade de comprovar sua efetiva ocorrência.

A resposta da prática delitiva ao autor do delito deve ser célere, para que possa, quiçá, aceitar a punição, além de restituir a paz jurídica causada pelo fato

31] PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171/177.

32] Claus Roxin, ao sustentar um texto alternativo para o projeto de reforma do Código Penal alemão, em 1962, elaborou um decálogo para expressar a Política Criminal adotada pelos autores do projeto alternativo, sendo que tais apontamentos de Política Criminal foram acolhidos nas reformas da Parte Geral do CP posteriores a 1977: “1º O Direito Penal deve limitar-se à proteção dos bens jurídicos. A preservação da norma moral como tal não constitui missão do Direito Penal; 2º A proteção do Direito Penal aos bens jurídicos deve expressar a *última ratio*. Consequentemente, deve-se postular uma descriminação nos campos em que não haja compatibilidade com a tarefa do Direito Penal, ou seja, assegurar a pacífica ordem social; 3º A retribuição, isto é, o saldo da culpabilidade, não constitui o fim da pena e não pode legitimar sua imposição. A imposição de uma pena pode basear-se exclusivamente em necessidades de prevenção geral ou especial; 4º O princípio de culpabilidade deve ser conservado, apesar do abandono do caráter retributivo da pena. De qualquer forma, a culpabilidade é condição necessária, ainda que insuficiente, de toda pena. A função político-criminal do princípio de culpabilidade reside na limitação do poder estatal e na distinção entre pena e medida de segurança. Isto é, o princípio de culpabilidade representa uma tomada de posição relativa ao sistema de dupla via; 5º Não devem existir classes diferentes de pena, graduadas segundo sua gravidade. Trata-se, sim, de impor e executar uma pena privativa de liberdade como pena unitária; 6º Como pena primária, deve-se fazer desaparecer a pena privativa de liberdade de até seis meses; 7º A pena privativa de liberdade de até dois anos deve ser substituída, na medida do possível, por pena pecuniária; 8.º A pena pecuniária pode ser substituída por trabalho socialmente útil; 9.º Nos casos em que a pena privativa de liberdade seja inadequada, observada uma prognose confiável, deve ser inteiramente suspensa, cancelando-se os antecedentes penais se cumprido de forma correta o período de prova; as superiores a dois anos podem ficar suspensas após o cumprimento da metade da sanção; 10.º A execução das penas e das medidas de segurança deve estar organizada, na medida do possível, como execução socializadora.” Médici. Sérgio de Oliveira. **Teorias dos Tipos Penais – Parte Especial do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2004. p. 167.

criminoso³³. A funcionalidade do processo penal está presente na Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), pois tornou o processo penal relativo aos delitos de menor potencial ofensivo mais simples, rápido, eficiente, democrático e mais próximo da sociedade³⁴.

Já o aspecto garantista, para uma integração político-crimal do processo penal, demanda limitar e controlar a concentração de poder, no qual se encontram as garantias pessoais e a formalidade jurídico-processual.

A busca do equilíbrio entre os aspectos de funcionalidade e o garantista do processo penal deve girar em torno de uma complementaridade, evitando-se que um deles exclua o outro. O processo penal não pode orbitar no apego desmedido da sua tradicional visão garantista, mas também não pode tolerar a adoção do processo penal ágil destituído de garantias processuais. Assim, “impõe-se uma ponderação entre os interesses da funcionalidade e garantia, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias que se fizerem necessárias para a tutela da dignidade humana”³⁵.

Nessa ótica, o processo penal possui caráter instrumental, ou seja, serve para materializar a pretensão penal do Estado, conforme as normas de direito material. Porém, sua função deve ser estudada sob uma óptica que vai além, mais rica do que a afirmação do processo penal ser um mero instrumento de aplicação do direito material.

Conforme explica Fernando Fernandes, há muito tempo o processo penal deixou de ser apenas a ideia do papel modesto e discreto do dogma da mera instrumentalidade para se transformar “num ‘servo loquaz’, sendo-lhe atribuído o papel de ‘sócio paritário’ do Direito Penal na missão de definir os termos da relevância penal e da responsabilidade”³⁶.

Assim, tanto o direito penal material como o processo penal são duas pontas essenciais de um único sistema que, embora apresentem perfis diversos, estão entrelaçados por um projeto único de política-crimal. Por isso, são desastrosas as consequências que geram a falta de sintonia entre o programa de política-crimal traçado pela lei de direito penal material e aquele projetado na lei processual penal.

O descompasso entre o processo penal e os fins político-criminais almejados pelo sistema jurídico-penal pode levar a contradições intrassistêmicas nocivas à atividade persecutória estatal e, ainda, aos próprios anseios de proteção de interesses politicamente escolhidos. Assim, como o direito penal, para se realizar o processo penal, “faz-se imprescindível analisar se esse, em sua estruturação, leva em consideração as intenções político-criminais do sistema como um todo, o que demanda enfrentar a necessidade de posicionar o processo no âmbito geral da

33] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 55-56.

34] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 55-56.

35] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 67.

36] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 69.

política-criminal”³⁷. Necessária uma sintonia entre o direito penal e o processo por meio das necessidades advindas da política criminal.

Como forma de viabilizar a integração da política-criminal dentro do processo penal, é preciso transpor ao processo penal as finalidades de política criminal orientadas do sistema jurídico-penal.

Não se deseja excluir a autonomia teleológica de cada um dos subsistemas integrantes do sistema jurídico-penal, porém, não é adequada a exclusão recíproca das finalidades de política criminal nas quais cada uma delas se alicerça³⁸.

Nesse eixo de integração de cada um dos subsistemas, como forma de aplicação de política criminal para maior ingerência e controle nas ações penais públicas, por meio do processo penal, permeia a denominada justa causa para a ação penal.

4. O MANEJO DA JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL PÚBLICA COMO EFETIVO CONTROLE

A respeito da justa causa para a ação penal, não se busca a conclusão de um conceito ou natureza jurídica da justa causa para a ação penal, apenas inseri-la na discussão sob uma perspectiva constitucional, posicionando-a dentro de um contexto constitucional de processo penal, alinhado à conformidade constitucional do órgão acusatório, como uma linha de atuação de política criminal ligada diretamente ao exercício da ação penal pública.

Em um modelo tradicional de processo penal, acompanhado por grande parte da doutrina, a justa causa para a ação identifica-se como um mínimo de lastro probatório, ou seja, um mínimo de suporte probatório para o oferecimento da inicial acusatória.

Parte da doutrina tradicional estudou o significado e a natureza jurídica da justa causa para a ação penal antes da inclusão do disposto no art. 395, III, do CPP/1941, inserido pela Lei nº 11.719/2008, que a previu expressamente como necessário para o exercício da ação penal, pois sua ausência enseja o não recebimento da inicial acusatória.

Parte da doutrina tradicional estudou o significado e a natureza jurídica da justa causa para a ação penal antes da inclusão do disposto no art. 395, III, do CPP/1941, inserido pela Lei nº 11.719/2008, que a previu expressamente necessário para o exercício da ação penal, pois sua ausência enseja o não recebimento da inicial acusatória.

Decorre daí a razão do conceito, o sentido e o alcance da justa causa para a ação penal há tempos serem objetos de intensos debates na doutrina e na jurisprudência, inexistindo posicionamento definitivo sobre o tema. Tanto a modificação legislativa como o projeto de lei de um novo Código de Processo não afastam a dificuldade de

37] CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal** – devido processo, efetividade e garantias. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 30.

38] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 76.

se encontrar um conceito, tampouco esclarecer sua natureza jurídica, tornando-se ainda um instituto processual penal de necessário aprofundamento.

Alguns defendem a justa causa como uma condição da ação penal, mas não há consenso na doutrina sobre esse enquadramento³⁹. Parte a considera como integrante do interesse de agir⁴⁰; outros, como possibilidade jurídica do pedido.

Para Ada Pellegrini Grinover, ao não permitir a formulação da acusação em razão de ausência da justa causa, caracteriza-se falta de condição da ação, pela impossibilidade jurídica (negativa). Para a autora, ainda que o art. 395 do CPP/1941 separe a justa causa das demais condições da ação, a hipótese se caracteriza como possibilidade jurídica⁴¹.

Tullio Delogu entende que o legítimo interesse é a causa do pedido, logo, se ausente o interesse de agir, faltarão a justa causa para se propor a ação penal⁴².

Há, ainda, os que a definem como uma condição da ação autônoma, uma quarta condição da ação⁴³, conforme apregoadado por Afrânio Silva Jardim:

Por tudo isso, ousou sugerir o reconhecimento de outra categoria no processo penal condenatório, cujo nome adequado poderia ser o de ‘pressuposto de legitimação do processo penal condenatório’. Esta seria, então, a natureza jurídica da justa causa, referida no já aludido inc. III do art. 395 do Cód. Proc. Penal. A justa causa seria um pressuposto para que um processo condenatório fosse igualmente instaurado. Não pode haver atividade jurisdicional sem acusação, ainda que em tese, de uma ação típica. Seria um processo ilegítimo e injusto⁴⁴.

Por sua vez, para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a justa causa constitui um “conjunto de elementos de Direito e de fato que tornam legítima a coação”⁴⁵, ou seja, corresponde ao fundamento da acusação. Visto por um ângulo positivo, estabelece um fundamento de fato e de direito para a acusação, um mínimo de probabilidade para a condenação. Sob um ponto de vista negativo, a falta desses elementos inviabiliza alguém ser submetido ao processo penal, pois não haveria

39] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001, p. 176.

40] TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal** – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002, p. 95.

41] GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo III**. Série Estudos e Pareceres de Processo Penal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

42] Tullio Delogu *apud* MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 294.

43] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001, p. 218-223.

44] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal** – estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 750.

45] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001, p. 248.

probabilidade de condenação⁴⁶.

Contudo, observa-se que o art. 395 do CPP/1941, após a alteração pela Lei nº. 11.719/2008, previu no inciso II as condições da ação penal e, no inciso III, a justa causa, razão pela qual a legislação a tratou como um fenômeno distinto das condições da ação penal, sem elencá-la como uma “quarta” condição para a propositura da ação penal.

O desentendimento sobre o tema, não por outra razão, é arrastado para o âmbito das decisões dos Tribunais Superiores. Tanto o STJ como o STF se revelam oscilantes ao analisarem a justa causa para a ação penal. Na tentativa de enfrentar a questão e de dar sentido ao instituto, a jurisprudência ora permite a análise de uma tipicidade meramente formal, ora admite transpor uma análise de tipicidade para uma concepção mais densa, porém, ambas as decisões não fazem uma análise constitucional sobre a justa causa.

O STJ, por exemplo, vem decidindo que não haverá justa causa para a ação penal nos casos de atipicidade da conduta, presença de extinção de punibilidade e ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade delitiva (ausência de lastro mínimo probatório)⁴⁷.

Na mesma linha são os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal:

[...] 2. A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria) [...] ⁴⁸.

Há ainda estudos específicos sobre a justa causa inserida em uma abordagem com sentido constitucional de processo penal.

Para Denilson Feitoza, o conceito de justa causa tradicionalmente adotado é insuficiente para acompanhar o modelo constitucional do processo penal. Por isso, inseriu o autor ao direito processual penal duas outras condições genéricas da ação penal: provas preliminares suficientes (justa causa) e a probabilidade de

46] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001, p. 248.

47] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC n. 138.532/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 4-11-2021. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC n. 532.052/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 18-12-2020; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 1.441.535/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 5-6-2019; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC n. 163.422/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13-5-2022; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC n. 695.368/GO, Rel. Min. Olindo Menezes (desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 6-5-2022; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC n. 725.636/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20-5-2022; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC n. 152.511/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28-4-2022.

48] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 167549 AgR, Rel. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 22-03-2019, Processo Eletrônico DJe-064, Divulg 29-03-2019, Public 01-04-2019.

condenação efetiva, conclusão extraída com fundamento constitucional, através do princípio do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da liberdade⁴⁹.

Nessa perspectiva, Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, Fernando Cerqueira Chagas, Flávia Ferrer, Paulo de Oliveira Lancelotti Baldez e Ronaldo Leite Pedrosa⁵⁰ sustentam que a tipicidade penal relativa à justa causa da ação penal exige mais do que a simples subsunção fática feita na peça inicial acusatória. Para os autores, a máquina de persecução penal não pode se movimentar apenas através de uma análise simples de tipicidade, como indícios de antijuridicidade, na medida em que determinadas condutas, embora sejam fatos típicos, não são graves o suficiente para justificar uma imposição de sanção penal. O mesmo ocorre quando o fato narrado puder ser tratado de modo menos ofensivo à dignidade da pessoa humana, de modo a ser mais proveitoso socialmente, não revelando justa causa “para a propositura da ação penal, considerando tratar-se o Direito Penal de *ultima ratio* para recompor o tecido injustamente violado”⁵¹.

Na hipótese de possibilidade de utilizado o consenso no processo penal, mas que não tenha sido oferecido ao acusado, iniciando-se a ação penal com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime com pedido de sanção penal, é possível considerar uma hipótese em que há a “perda da justa causa por descon sideração absoluta dos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade”⁵².

Ainda, nas hipóteses em que houver a possibilidade de pacificação social, por exemplo, nas questões relacionadas às infrações de menor potencial ofensivo, a exemplo daquelas envolvendo relações de vizinhança, a ação penal não pode ser iniciada por ausência de justa causa, mas, se já iniciada, deveria ser encerrada⁵³.

Aqui não se objetiva fechar questão sobre quais hipóteses possam ser consideradas para a incidência de justa causa para a ação penal, mas trazer à reflexão o seu significado e importância dentro de uma política criminal do Ministério Público⁵⁴.

Uma das hipóteses possíveis para o uso prático da justa causa está relacionada

49] FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – teoria, crítica e práxis. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019, p. 448-253.

50] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 105.

51] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 105.

52] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 107.

53] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 108.

54] A hipótese da justa causa para a ação penal é prevista tanto no atual Código de Processo Penal, como no Projeto de Lei de um novo Código de Processo Penal. O artigo 289 do Projeto de Lei nº 8.045/10 prevê que: “A peça acusatória será liminarmente indeferida quando: I - for inepta; II - inexistir justa causa ou faltar qualquer das condições da ação ou dos pressupostos processuais para o exercício da ação penal.”

e fundamentada na teoria da insignificância ou bagatela⁵⁵.

A proteção jurídico-penal de bens jurídicos obedece a um critério seletivo e fragmentário, decorrendo daí a ideia de um Estado de intervenção mínima, legitimando a punição e a repressão sobre as liberdades individuais que dizem respeito à proteção de bens jurídicos importantes. Sobre essa direção, aporta-se um direito penal envolvido pelo princípio da *ultima ratio* e pelo princípio da fragmentariedade, complementado pelo princípio da subsidiariedade. Observa-se, dessa forma, que a justa causa para a ação penal é um importante instrumento processual penal de política criminal.

Em razão da intervenção penal do Estado no controle social por meio do direito penal, por atuar na restrição de direito das pessoas, necessária se faz a orientação de dois princípios políticos que possuem clara função limitadora, denominados fragmentariedade e subsidiariedade.

Em razão da fragmentariedade, considera-se legítima a intervenção penal do Estado nas hipóteses em que há uma proteção de valores, de bens e de interesses mais relevantes no âmbito social, contra as formas de vulneração estabelecidas eticamente, conforme o modelo de convivência social definido em determinada sociedade. A subsidiariedade estabelece que a necessidade da intervenção penal decorre da insuficiência de outros meios de controle para se evitar a realização de fatos típicos.

Tanto o princípio da fragmentariedade como o da subsidiariedade possuem aplicação prática no âmbito concreto da intervenção penal. Segundo o critério da fragmentariedade, os casos que não possuírem relevância social de seus efeitos em relação aos objetos tutelados pela norma penal não ensejarão uma punibilidade concreta, enquanto, de forma complementar, pela subsidiariedade, exclui-se a possibilidade de se aplicar a pena nas hipóteses em que a sanção penal não for necessária para obter suas finalidades preventivas⁵⁶.

Segundo o princípio da intervenção mínima⁵⁷, o Estado deve caminhar por uma política restritiva de intervenção penal, de forma a limitar o controle penal para as hipóteses em que fosse necessário tutelar valores, direitos e bens indispensáveis ao convívio social, de forma a viabilizar o desenvolvimento livre, seguro e pacífico da personalidade dos indivíduos⁵⁸.

Nesse sentido, defendem Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, Fernando Cerqueira Chagas, Flávia Ferrer, Paulo de Oliveira Lanzelotti Baldez e Ronaldo Leite Pedrosa que, caso esteja presente a hipótese de insignificância da

55] Sobre o princípio da insignificância, conferir: GOLDFINGER, Fábio Ianni. Manual do direito penal: parte geral / Fábio Goldfinger. – 2. ed. – Leme-SP: Mizuno, 2022. p. 315/333.

56] CRUZ, Rogério Schietti; EISELE, Andreas. **Os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência**. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 45-46.

57] CRUZ, Rogério Schietti; EISELE, Andreas. **Os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência**. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 48-54.

58] Ocorre que há uma pluralidade de perspectivas políticas sobre a ideia geral do que se considera “intervenção mínima” ou do “direito penal mínimo” que causa uma imprecisão sobre os termos, embora exista uma convergência sobre opiniões que se manifestam sobre a necessidade de redução da dimensão do direito penal. Nesse sentido, a bagatela torna-se um dos instrumentos para a implementação de uma intervenção penal mínima.

lesão, não haverá justa causa para o início de uma ação penal⁵⁹.

Na mesma linha, observa Gabriel Antinolfi Divan:

Por isso, afirma-se que a *justa causa para a ação penal* pode ser observada sem necessariamente refletir exame exclusivamente processual de condicionamento para uma ação penal, mas sim como critério de interpretação penal-constitucional de seletividade. [...]

Quando, por exemplo, um juiz *rejeita* uma “denúncia” em termos de verificar conteúdo ofensivo “insignificante” na conduta imputada, inegavelmente está fazendo um exame de verificação da legitimidade (qualitativa) da intervenção penal que, naquele caso, não via gerar subsunção de norma punitiva, dado o fato de que o caráter fragmentário do direito penal não foi acionado pela não lesão (ou irrelevância jurídica de eventual lesão fática) do bem jurídico⁶⁰.

No mesmo sentido, observa Aury Lopes Junior, ao ensinar que a justa causa destina-se tanto a apurar a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, como também a um controle ou filtragem processual do caráter fragmentário da intervenção penal, de maneira a considerar que “o princípio da proporcionalidade, visto como proibição de excesso de intervenção, pode ser visto como base constitucional da justa causa”⁶¹. Trata-se de uma justa causa, assumindo uma condição de elemento político no âmbito do processo penal, de forma a se evitar o abuso. Dessa forma, ao se analisar o início da ação penal, deve-se observar a proporcionalidade entre os elementos justificadores da intervenção penal e processual e o custo do processo, de outro, entrando nessa seara as questões relativas à insignificância ou bagatela⁶².

Segundo Afrânio Silva Jardim, para além do suporte mínimo narrado pela acusação, a justa causa também pressupõe a acusação de uma conduta típica, pois a falta de imputação de uma conduta penalmente típica não legitima a formação de um processo penal condenatório, em razão da ausência de justa causa. Trata-se, pois, de uma consequência do princípio constitucional do devido processo legal⁶³.

A aferição para a existência de justa causa para a propositura da ação penal pública passa necessariamente por um controle quanto à real lesividade da conduta, visando averiguar a necessidade concreta da intervenção penal, como forma de

59] CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.

60] DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal** – uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 366.

61] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 365.

62] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 365.

63] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal** – estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 749.

garantir à sociedade a existência da integridade de um bem jurídico fragmentário. Esse controle, a revisão da intervenção fragmentária ou seletiva das normas penais, poderá ser compreendida como uma opção compatível de uma política-criminal, a ser exercida pelo Ministério Público.

Trata-se de um alinhamento entre a previsão da norma de direito penal (conceito de bagatela) e a previsão de norma no direito processual penal (justa causa para o início de uma ação penal).

O conceito de bagatela será definido pelo direito penal, abarcando pressupostos referentes à teoria geral do delito; no entanto, sua implementação ocorrerá em um caso concreto, mediante a utilização de um instrumento processual, pois somente no processo penal é possível avaliar sua real pertinência, construindo-se, de forma concreta, uma política criminal para a atuação do Ministério Público, de forma a superar os desafios impostos pela modernidade.

Esse mecanismo pode contribuir para a qualidade de um controle efetivo a ser exercido pelo Ministério Público no âmbito dos inquéritos policiais, além de ser uma fonte de busca pela unidade institucional, buscando-se a segurança jurídica almejada pela sociedade.

CONCLUSÃO

O Ministério Público precisa ser reformulado e realinhado em sua área de atuação criminal, com a elaboração de políticas criminais que redimensionem a sua forma de atuação na área criminal, melhorando, assim, o efetivo controle externo da atividade policial, robustecendo a unidade institucional e criando uma segurança jurídica para a sociedade em sua atuação.

No sistema penal atual, o Ministério Público atua invariavelmente como um mero reproduzidor de ações penais públicas fundadas em inquéritos policiais, produzidos pela polícia civil, sem entender o seu papel de *ombudsman* social, diante da revolução dessa nova era pós-moderna e o real significado de detentor da titularidade da ação penal pública.

Essa atuação burocrática, a fim de verificar apenas autoria e materialidade do delito, torna o Ministério Público um mero despachante do serviço policial e não cumpre com eficiência sua missão constitucional tanto de titular da ação penal pública como de controle externo da atividade policial.

Os membros do Ministério Público, como os demais operadores do direito, precisam se adaptar a esse novo tempo social acelerado, cada vez menos analógico e mais digital, cada vez menos reativo e mais resolutivo, cada vez menos repressivo e mais preventivo.

A justa causa para a ação penal, assim como outros institutos do processo penal, precisa evoluir sob o ponto de vista doutrinário e alinhar-se aos princípios e normas constitucionais, enquadrando-se como valioso instrumento de condução de política criminal a ser utilizado pelo Ministério Público.

A realização de uma verificação sistematizada, com fundamento na ordem constitucional, sobre a afetação ao bem jurídico penal, implementa na prática um processo penal justo e o princípio da intervenção mínima, por meio da análise da

justa causa.

Um olhar mais apurado da Instituição do Ministério Público no modo de utilizar a ação penal pública é imprescindível para uma eficiente atuação em face da criminalidade moderna, diante da situação instalada nessa quadra da história, nesse tempo social acelerado, perante a revolução tecnológica, a economia rapidamente variante, a rapidez na difusão de informações e a agilidade sob todos os aspectos que são as marcas de uma sociedade contemporânea com bases fixadas pela pós-modernidade.

O direito, em especial o processual penal, não cumprirá a sua missão se não houver uma aproximação com o seu destinatário final, a sociedade, pois o contato com a realidade social pode permitir a compreensão das reais necessidades da sociedade para a implantação de políticas criminais aptas a efetivar uma resposta do Estado, evitando-se as mazelas relacionadas ao sistema de justiça penal conforme se conhece atualmente, como a sensação de insegurança, o descrédito e o justicamento privado.

O Ministério Público não pode mais ser dependente do padrão de investigação criminal produzido pela polícia civil, devendo encontrar meios e formas, dentro e fora do processo penal, para que a instituição possa de fato representar os interesses da sociedade na punição e na proteção contra a criminalidade.

A falta de uma política criminal clara voltada ao uso racional do processo penal, seja por meio da exploração da justa causa, seja por outros meios alternativos ao tradicional processo penal, como os acordos penais, engessam e robotizam a atuação do Ministério Público⁶⁴ como uma fábrica de denúncias e ações penais, pois estas deveriam ser melhor analisadas a viabilidade da demanda penal, a fim de que o Ministério Público possa se concentrar e atuar em fatos que exigem a proteção da sociedade e das vítimas⁶⁵.

Para tanto, também se faz necessária uma modificação da estrutura legislativa atual do inquérito policial, como uma modificação em sua dinâmica de desenvolvimento, adequando-o às novas tecnologias existentes.

Sob as novas tecnologias, o inquérito policial deve estar integrado totalmente a um ambiente virtual, permitindo ao Ministério Público o acompanhamento em tempo real das conduções das investigações e a aplicação mais célere de políticas criminais, em especial aquelas que derivam de uma decisão de arquivamento mediante a ausência de justa causa para ação penal em razão da insignificância, além de um adequado e real controle externo da atividade policial.

A ambientação tecnológica do inquérito policial auxiliará na possibilidade de desenvolvimento de políticas criminais que permitam ao Ministério Público uma atuação mais ajustada e célere no âmbito da tomada de decisão da ação penal pública, que refletirá em toda a dinâmica do combate à criminalidade.

64] Encaminha a Instituição como sendo obsoleta e desnecessária, porque já há mecanismos de inteligência artificial para que seja elaborada a denúncia e assim iniciada a ação penal.

65] A crítica aqui referida não é uma ode ao não exercício da ação penal, muito menos um “abrir mão” do poder constitucional privativo da ação penal pública, mas sim a utilização de recursos e métodos previstos na própria legislação que devem ser utilizados de modo a racionalizar e tornar eficiente perante a sociedade o exercício da ação penal.

O método processual penal tradicional já é obsoleto e insuficiente para se realizar um efetivo combate à criminalidade contemporânea. Deve-se, pois, atribuir ao órgão acusatório instrumentos modernos fundados na adoção de técnicas e de políticas criminais, para que seja transformado em resultados eficazes e adequados à modernização e ao enfrentamento da evolução da criminalidade.

Sem essas reflexões e ponderações, nunca foi tão verdadeira a máxima de que o Ministério Público é uma grande máquina burocrática de “enxugar gelo”.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório** – evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CANALTECH. **Hackers invadem sistemas do Pentágono e encontram vários bugs de segurança**. Por: Jones Oliveira, 19 jun. 2016. Disponível em: <https://canaltech.com.br/hacker/hackers-invadem-sistemas-do-pentagono-e-encontram-varios-bugs-de-seguranca-70247/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti; EISELE, Andreas. **Os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

CUNHA, Vítor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal** – devido processo, efetividade e garantias. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal** – uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – teoria, crítica e práxis. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019, p. 448-253.

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

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo III**. Série Estudos e Pareceres de Processo Penal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GOLDFINGER, Fábio Ianni. **Manual do direito penal: parte geral / Fábio Goldfinger**. – 2. ed. – Leme - SP: Mizuno, 2022.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal** – estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA, Roberto. **Novo direito penal: introdução**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público** – a Constituição e as Leis Orgânicas. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

Médici. Sérgio de Oliveira. **Teorias dos Tipos Penais – Parte Especial do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para ação penal**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. A política criminal pós-1988: o Ministério Público e a dualidade entre garantismos positivo e negativo. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (coord.). **Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUNES, Diego. Processo legislativo para além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016.

PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual. **Foro, Nueva Época**, v. 22, n. 1, 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.5209/foro.66636>. Acesso em: 13 jun. 2022.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: RT, 2002.

VEJA SP. **EUA denunciam jovem brasileiro adorador do massacre de Columbine**. Adolescente morava na Zona Leste da capital paulista e foi alvo de busca e apreensão. 3 fev. 2022. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/eua-denunciam-jovem-zona-leste-massacre-columbine/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Ministério Público e o processo civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC n. 138.532/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 4-11-2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC n. 532.052/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 18-12-2020;

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 1.441.535/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 5-6-2019;

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC n. 163.422/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13-5-2022;

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC n. 695.368/GO, Rel. Min. Olindo Menezes (desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 6-5-2022;

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC n. 725.636/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20-5-2022;

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC n. 152.511/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28-4-2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 167549 AgR, Rel. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 22-03-2019, Processo Eletrônico DJe-064, Divulg 29-03-2019, Public 01-04-2019.

A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO OU PROCEDIMENTO PENAL

ALLAN THIAGO BARBOSA ARAKAKI¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é discorrer sobre o papel do Ministério Público na observância do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal. A pesquisa é de natureza bibliográfica, jurisprudencial e documental, sendo utilizado o método dedutivo. Inicia-se com os apontamentos sobre o direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal e, após, exploram-se as maneiras pelas quais o Ministério Público poderia velar pela concretude daquele direito fundamental. Conclui-se que o Ministério Público tem um papel importante na concretude do princípio da razoável duração do processo ou do procedimento penal, decorrente da sua vocação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito, direitos fundamentais, razoável duração do processo penal

ABSTRACT: The objective of this article is to discuss the role of the Public Prosecutor's Office in observing the fundamental right to a reasonable duration of the criminal process or procedure. The research is bibliographic, jurisprudential, documentary in nature, using the deductive method. It begins with notes on the fundamental right to a reasonable duration of the criminal process or procedure and, afterwards, the ways in which the Public Prosecutor's Office could ensure the concreteness of that fundamental right are explored. It is concluded that the Public Prosecutor's Office has an important role in the implementation of the principle of reasonable duration of the process or criminal procedure, resulting from its constitutional vocation.

KEYWORD: Economic Analysis of Law, fundamental rights, reasonable duration of criminal proceedings

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 O direito fundamental à duração razoável do processo ou procedimento penal; 2 O Ministério Público na proteção do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento

1] Pós-Doutorando em Direito pela IGC/Coimbra/Portugal e pela UNIMAR; Doutor e Mestre em Direito pela UNIMAR; Mestre em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona/Espanha, com título reconhecido pela Universidade Estácio de Sá; Especialista em Direito Público pela UNIDERP/Anhanguera, em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Faculdade CERS, em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC/MG, em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia pela PUC/RS, Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

penal; 3 Formas de atuação ministerial na aplicação da razoável duração do processo ou procedimento penal. Conclusão. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um contexto de efetividade dos direitos fundamentais e da vocação constitucional do Ministério Público, compreender como a instituição ministerial pode auxiliar na implementação do direito fundamental à razoável duração do processo ou do procedimento penal aparenta ser uma discussão para além de questões teóricas. Premido dessa intenção, o objetivo deste estudo é discorrer sobre o papel do Ministério Público na observância do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal.

A relevância e a atualidade do assunto a ser enfrentado neste artigo decorrem justamente da necessidade de se discutir a efetividade de tal direito fundamental em uma conjuntura de um Judiciário abarrotado de processos e da imprescindibilidade de uma resposta concreta, mas não temerária. De fato, o direito fundamental à razoável duração não se propõe a entregar o resultado pelo resultado. Impõe a observância dos cânones legais, sem os quais, evidentemente, inexistiria qualquer direito fundamental a ser observado.

De igual maneira, a pesquisa é de natureza bibliográfica, jurisprudencial e documental, sendo que o método empregado é o dedutivo em razão de atender ao objetivo deste estudo, partindo da premissa maior até se chegar ao assunto aqui proposto. Inicia-se então o estudo com os apontamentos sobre o direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal, buscando verificar se aquele seria restrito apenas à ação penal ou seria aplicável às investigações penais de igual forma.

Após, ingressa-se na análise do papel do Ministério Público na proteção do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal. Significa dizer, em outras palavras, a partir de que visão e de que normas constitucionais, pode-se compreender que a instituição ministerial tem uma vocação constitucional para velar pela aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal.

Na última seção, por sua vez, exploram-se formas e maneiras pelas quais o Ministério Público pode impor a concretude àquele direito fundamental dentro de sua atuação funcional. Pouco adiantaria apenas se debruçar sobre a questão teórico-normativa sem ao menos mencionar exemplos e formas como a instituição ministerial poderia se enveredar para efetivar aquele direito fundamental. Dessa maneira, a pretensão da derradeira seção é, obviamente, sem exaurir toda a complexidade da discussão, tampouco apegar-se nela, mencionar alguns exemplos de como o Ministério Público poderia alcançar uma otimização de resultados.

Por oportuno, cabe destacar que o referencial teórico utilizado se lastreia na própria Constituição Federal, na teoria dos direitos fundamentais e na Análise Econômica do Direito, sem prejuízo de outros mencionados ao longo deste estudo.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO OU PROCEDIMENTO PENAL

A começar, é necessário rememorar que se cuida de um direito humano à razoável duração do procedimento inquisitorial ou do processo judicial. Tal questão é perceptível a partir da leitura atenta do art. 8º da *Declaração Universal de Direitos Humanos* - elaborada pela ONU - que sedimenta o dever de os Tribunais concederem remédios efetivos para atos violadores aos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Sob esse prisma, em igual sentir, ou seja, prevendo um direito humano de um processo ou procedimento inquisitorial em tempo razoável, o art. 8º, 1, da *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos* (1969) e o art. 6º da *Convenção Europeia para Salvaguarda do Homem e das Liberdades Fundamentais* (1950) já reconheciam expressamente tal diretriz.

Aliás, a respeito do reconhecimento do direito humano à razoável duração processual ou procedimental, trata-se de uma questão que encontra plena coerência com o sistema internacional. Além da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, depreende-se seu viés de direito humano de diversos dispositivos (art. 53, art. 60, art. 61) do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional (Decreto nº 4.388/02).

Para além dos documentos internacionais supramencionados, impõe-se ainda rememorar a previsão do direito humano de um julgamento em prazo razoável, previsto no art. 9º, §3º, do *Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos*, assimilado na ordem jurídica nacional por intermédio do Decreto nº 592/92. Tal direito assenta igualmente o direito de uma resposta estatal, seja ela de qual natureza for, em um tempo razoável.

O movimento irradia-se pelas diversas Constituições que incorporaram tal elemento como direito fundamental. Sob esse prisma, citem-se, a título meramente exemplificativo, o art. 111 da Constituição Italiana (1947), o art. 20 da Constituição Portuguesa (1976), o art. 24 da Constituição Espanhola (1978), bem como a Carta Magna brasileira de 1988, especificamente, no art. 5º, LXXVIII, após a EC nº 45/04.

O art. 4º e o art. 6º da Codificação Processual Civil brasileira, aplicáveis ao sistema processual penal, refratam, com clarividência, a concretude e a consolidação de um direito fundamental à razoável duração do processo, seja para fins de dar uma resposta concreta ao jurisdicionado, seja para evitar a instituição de expedientes investigativos e apuratórios indefinidos. Embora tenha ocorrido a modificação do Código de Processo Civil brasileiro, a tendência internacional se mostra para além do mero reconhecimento do direito humano e fundamental à duração razoável do processo.

Daniela Gualberto e Rodrigo Becker (2013, p. 161-162) ensinam que a Itália, em razão de muitos questionamentos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, por eventual violação à duração razoável do processo, instituiu o *silenzio assenso* e modificou o art. 375 da lei processual civil, prevendo a *Legge Pinto*. Por meio desta, previu-se o direito à indenização por danos materiais ou morais pelo descumprimento do direito à duração razoável do processo.

A par da legislação italiana, embora não haja algo similar à *Legge Pinto*, é inegável não compreender que o descumprimento da duração razoável do processo, seja no campo penal, cível ou administrativo, possa implicar o dever de reparação por dano moral ou material em decorrência da cláusula geral prevista no art. 927 do CC brasileiro, a qual se comunica aos mais diversos campos do Direito.

Compreende-se que, à luz dos documentos internacionais de direitos humanos e da ordem jurídica nacional, não há espaço para investigações e processos kafkianos que perdurem ao longo do tempo. A espada de Dâmocles sobre o investigado ou processado não guarda qualquer eco dentro das diretrizes inauguradas pelo reconhecimento de um direito humano e fundamental à razoável duração processual e procedimental.

O direito à razoável duração do processo ou procedimento penal, frise-se, é um direito humano e fundamental. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 48-50) muito bem destaca que, enquanto o primeiro é o direito reconhecido formalmente no âmbito internacional, o segundo é reconhecido no sistema interno. No Brasil, tal ideia se cuida de um direito fundamental e caro à dignidade da pessoa humana, sendo explícita sua existência na própria redação do art. 5º, LXXVIII, da CF/88, sem prejuízo dos tratados de direitos humanos, na forma do que estabelece o art. 5º, §§ 1º e 2º, do referido dispositivo.

Analisando a legislação infraconstitucional ainda, o art. 648, I, do CPP, é de expressa clareza ao estatuir ser coação ilegal, quando esta decorrer de ato sem justa causa. Pois bem, perdurando pelos tempos infundavelmente uma investigação ou um processo, sem qualquer luz que garanta um desfecho razoável, aparenta claramente a inexistência de justa causa para o prosseguimento *ad infinitum* de um procedimento investigativo ou de um processo penal. Como bem assevera Luís Grandinetti Carvalho (2006, p. 227): “a celeridade não pode ser unicamente deferida a réus presos. Os réus soltos também têm o direito de não ficar vinculados indefinidamente a um processo criminal.”

Mostra-se correta, por conseguinte, a orientação de que o direito humano e fundamental à razoável duração do processo deve ser estendido a procedimentos investigativos e inquisitoriais, bem como a investigados até mesmo soltos. Com efeito, a sanção submetida ao jugo do processo criminal não pode ser compreendida apenas na pena, mas também no desgaste e no transtorno potencial e efetivo causados pelo Estado-Investigador, pelo Estado-Acusador, o que, mesmo sendo admissível em um grau de razoabilidade, não pode jamais servir para perenizar a exceção (investigação).

Luigi Ferrajoli, ao tratar justamente do desgaste causado pela investigação e por eventual processo-crime, ainda que potencialmente, elucida:

É indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena — quase sempre leve ou não aplicada —, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas também as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena,

mas verdadeiramente ao processo e mais exatamente à acusação (Ferrajoli, 2002, p. 588).

Em igual sentir, a 6ª Turma do próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu a necessidade de se observar a razoável duração do processo ou do procedimento inquisitorial como direito humano e fundamental, conforme se colhe no caso abaixo colacionado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 168 E 171 DO CÓDIGO PENAL E NOS ARTS. 102, 106 E 107 DO ESTATUTO DO IDOSO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ALEGADA ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. QUESTÕES JÁ APRECIADAS NOS AUTOS DO HC N. 499.256/SC. Ocorrência de fishing expedition. Supressão de instância. Excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial. Investigado solto. Constrangimento ilegal evidenciado. Trancamento. Ordem concedida. [...] 5. Constata-se, no caso, o alegado constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial na origem, instaurado em 2013, ou seja, há mais de 9 (nove) anos. As nuances do caso concreto não indicam que a investigação é demasiadamente complexa; apura-se o alegado desvio de valores supostamente recebidos pelo Paciente, na qualidade de advogado da vítima (pessoa idosa, analfabeta e economicamente hipossuficiente); há apenas um investigado; foi ouvida somente uma testemunha e determinada a quebra do sigilo bancário de duas pessoas, diligências já cumpridas. Outrossim, a investigação ficou paralisada por cerca de 4 (quatro) anos e a autoridade policial, posteriormente, apresentou relatório que concluiu pela inexistência de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria. No entanto, a pedido do Ministério Público, a investigação prosseguiu. 6. Mostra-se inadmissível que, no panorama atual, em que o ordenamento jurídico pátrio é norteado pela razoável duração do processo (no âmbito judicial e administrativo) – cláusula pétrea instituída expressamente na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004 –, um cidadão seja indefinidamente investigado, transmutando a investigação do fato para a investigação da pessoa. 7. Colocada a situação em análise, verifica-se que há direitos a serem ponderados. De um lado, o direito de punir do Estado, que vem sendo exercido pela persecução criminal que não se finda. E, do outro, do paciente em se ver investigado em prazo razoável, considerando-se as consequências de se figurar no polo passivo da investigação criminal e os efeitos da estigmatização do processo. 8. Ordem concedida para trancar o Inquérito Policial objeto da presente impetração, sem prejuízo da abertura de nova investigação, caso surjam provas substancialmente novas (STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, HC nº 653.299/SC, 6ª Turma, DJ: 16/08/22).

Em análise à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Luciene Torres Pereira e Maria de Fátima Abreu Marques Dourado (2013, p. 39-40), em geral, destacam os seguintes critérios objetivos, a fim de aferir eventual descumprimento quanto ao direito fundamental e humano à razoável duração do processo ou procedimento: a) Complexidade da causa e número de pessoas envolvidas; b) Atividade processual/procedimental do interessado; c) conduta das autoridades; d) afetação gerada na situação da pessoa envolvida no processo.

Verifica-se que não existe uma fórmula concebida de antemão para se saber se, em um determinado caso, haveria ou não ofensa ao direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal; contudo, alguns parâmetros, como os elencados acima, relacionados à complexidade, pessoas envolvidas, atividade processual/procedimental, servem como indicativos para observar, objetivamente, a ofensa ou não daquele. Sob esse aspecto, é de extrema relevância a compreensão da questão diante da situação fática exposta, e não meramente a partir de contextos abstratos ou/e meramente teóricos.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO OU PROCEDIMENTO PENAL

Quando se aponta a efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal, interessa aferir o papel do Ministério Público nesse contexto. Isso porque, em tese, por se cuidar de direito fundamental, muitas vezes visualizado apenas sob o enfoque do investigado/acusado, esquece-se erroneamente que o Ministério Público, por vocação constitucional, tem, sim, o dever de velar pela sua aplicabilidade.

A começar, a premissa de que o Ministério Público não tem o papel na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal, ao argumento de que isso só beneficiaria o investigado/acusado, é um princípio claramente equivocado por duas circunstâncias. A primeira, em razão de que a vocação constitucional do art. 127, *caput*, da CF/88 é clara o suficiente ao delegar ao Ministério Público o papel de defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como muito bem lembra Paulo Rangel (2005, p. 146): “De todas as constituições brasileiras, a de 1988 é a que, realmente, consagra o Ministério Público com funções típicas de um Estado Constitucional Democrático de Direito”. Em outras palavras, o Ministério Público constitucionalizado e, alinhado a um Processo Penal Democrático, não é uma instituição direcionada a ser um acusador voraz e irrestrito, porquanto não há nenhum interesse social em condenar inocentes e muito menos submetê-los à execração pública pela destruição de reputações.

Não é essa a vocação constitucionalizada no art. 127, *caput*, da CF/88 (MACIEL, 2001, p. 10). Aliás, a feição institucional e constitucional, por meio da qual se permite entender uma instituição e seu papel dentro de um Processo Penal Contemporâneo, leva à imprescindibilidade de se assimilar a amplitude das diretrizes de atuação do Ministério Público, haurida a partir do art. 127, *caput*, da CF/88. Não se trata, portanto, de instituição comprometida a agir apenas como

acusadora, pois vai muito além disso.

Celson Ribeiro Bastos (1992, p. 339), ao discorrer sobre a missão fundamental do Ministério Público, acentua: “O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte, porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade”. Enfim, é nítido que a instituição ministerial tem uma vocação ampla, de igual maneira, na lógica processual e procedimental penal.

O segundo argumento a demonstrar afirmativamente que o Ministério Público deve buscar a efetividade do direito fundamental à razoável duração processual, o procedimental penal, decorre da circunstância de que aquele também é do interesse do Estado e da vítima. Significa dizer, em outras palavras, que o direito fundamental à razoável duração do processo também se relaciona ao direito fundamental do Estado e da vítima.

Veja-se que o Estado pode ser concebido também como vítima dentro das infrações penais (Greco, 2006, p. 10-11). A leitura mais consentânea permite delimitar que o Estado, ao que se alude, enquanto interessado no resultado da persecução penal, não se adstringe aos entes federados, mas também engloba a própria concepção de sociedade, conforme destaca Alessandra Orcesi Pedro Greco (2006, p. 11). Isso porque a sociedade tem o interesse e o direito de ver uma resposta estatal, observando os cânones legais, dentro de um tempo razoável.

Enfim, é clarividente que o Ministério Público, diante de todo esse contexto delineado, tem uma missão constitucional que o impele a velar pelo direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal. Quando assim o age, não atua apenas em favor do investigado/acusado, mas também atua em favor das vítimas, do Estado, isto é, da própria sociedade. Não há dúvidas de que as vítimas deixaram, na lógica do Processo Penal Contemporâneo, de ser mera fonte de prova para serem sujeito de direitos (Muniz, Fortunato, 2023, p. 74), motivo pelo qual é evidente o direito de elas também de receberem uma resposta estatal em um tempo razoável.

Uma das maiores ofensas que se pode permitir a um sistema de justiça é o trâmite de ações penais ou procedimentos investigativos mambembes, pois não se chega a resultado nenhum. Por mais que se diga que as investigações não tenham um caráter de punição, eis que o processo penal serve para apurar, de fato, a responsabilidade penal, não é o que prevalece na dinâmica fática, sobretudo no que concerne à reputação, à honra objetiva das pessoas investigadas.

O que se defende aqui não é a ação de não investigar, o que seria um absurdo, até mesmo em razão do que dispõe o art. 129, I, da CF/88. Dentro do processo penal, o papel do Ministério Público é de importância singular, seja fiscalizando ou investigando os fatos, seja na promoção da própria ação penal, seja na atuação como custos juris nas ações privadas. O poder investigativo do Ministério Público, aliás, decorre até de uma necessidade ao exercício do controle externo da atividade policial, principalmente nos casos em que os investigados são justamente os policiais.

O que é necessário, entretanto, é coibir que as investigações se protraiam no tempo, expondo os indivíduos envolvidos, de forma totalmente desnecessária. As investigações, os processos penais, de modo efetivo, deveriam ter um início,

meio e um fim. A crítica que recai é justamente nesse ponto e é nele que se enfoca neste estudo. Jamais se critica aqui a imprescindibilidade do papel investigativo e de atuação do Ministério Público dentro da dinâmica processual penal, o que é evidente em razão dos interesses envolvidos (*status libertatis*).

Ainda a ligação da missão constitucional do Ministério Público com o direito fundamental à razoável duração do processo ou do procedimento penal decorre da própria concepção ministerial, alinhada a partir da Constituição Federal de 1988. Com efeito, esta iniciou praticamente uma nova instituição a partir dela, ainda que antes existisse o Ministério Público, consoante pondera Débora Maciel (2001, p. 10). Implica dizer que a feição ministerial, alinhada a partir da Constituição Federal de 1988, não existia anteriormente, daí o ineditismo do Ministério Público a partir daquele momento (MAZZILLI, 2012, p. 47-54), inclusive no que toca à amplitude de suas funções constitucionais.

O Ministério Público, traçado pela Constituição Federal de 1988, recebeu fisionomia própria e inédita até então, segundo rememora José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 1520). Essa fisionomia, para além de traçar princípios próprios, equiparáveis a uma magistratura, delineou funções no âmbito da própria Constituição Federal, fazendo surgir uma instituição diferenciada e que não poderia ser sintetizada apenas em uma posição simplista.

Nessa lógica e dinâmica, pode-se compreender que a previsão de uma instituição voltada à proteção dos direitos mais caros ao Estado e ao cidadão, além de funções espalhadas em diversos segmentos de atuação, denota a relevância do que se alinhou. Não se cuida, conforme exaustivamente se declinou aqui, de uma instituição vocacionada a atuar de forma interessada, seja para acusar ou para absolver, mas sim seu compromisso é com a sociedade.

Nessa circunstância, até pela lógica da teoria da efetividade dos direitos fundamentais, parece evidente que o Ministério Público realmente busque efetivar o direito fundamental à razoável duração do processo penal e dos procedimentos investigativos. Isso porque, a partir do art. 129, I, da CF/88, aquele atua na fase processual penal e, além disso, pode a instituição ministerial investigar em procedimentos próprios e, quando não investiga, realiza o controle daqueles que investigam, como ocorre com o controle externo, previsto no art. 129, VII, do CPP.

Ademais, cabe lembrar que a efetividade dos direitos fundamentais decorre do art. 5º, §1º, da CF/88. Além disso, não há dúvida do papel dos tratados internacionais, mencionados no tópico anterior, e sua relevância para o Direito Brasileiro. Implica aqui destacar que não há como se defender qualquer condicionalidade no reconhecimento do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal. A grande questão é como o órgão de execução pode buscar implementar aquele.

3. FORMAS DE ATUAÇÃO MINISTERIAL NA APLICAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO OU PROCEDIMENTO PENAL

A Recomendação nº 54/2017, do CNMP, traz a atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro como uma necessidade. O art. 1º, §1º, daquele ato

prevê que a atuação resolutiva se percebe quando o órgão de execução busca prevenir um imbróglia ou então identifica uma solução efetiva, trazendo real resultado à questão de forma adequada. Observa-se que o viés de resolatividade a que incita o próprio CNMP não é apenas no sentido de resolver o problema posto, mas também em uma percepção de se buscar preveni-lo.

Pois bem, a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal nitidamente tem vínculo com a atuação resolutiva ministerial. Com efeito, não há como cogitar a existência de qualquer resolatividade em cenários cujos processos e procedimentos se perenizem no tempo, sem qualquer perspectiva objetiva de um resultado, conforme alerta Flávia do Couto (2023, p. 158-184). Significa dizer, por conseguinte, que a resolatividade também alberga e compreende o dever de se efetivar o direito fundamental da razoável duração do processo ou procedimento penal.

Pode-se mencionar, no que tange aos procedimentos investigativos não instaurados pelo próprio Ministério Público, uma percepção mais acurada da realização do controle externo da atividade policial, seja na forma difusa, seja na forma concentrada. Nesse ponto, cabível lembrar que o art. 3º, incisos, da Resolução nº 20/07 do CNMP já conceituava que o controle externo difuso ficaria a cargo dos órgãos de execução com atribuição criminal a ser realizado no bojo dos expedientes, ao passo que o controle concentrado ficaria a cargo de membros com atribuições específicas para o controle externo.

Sob a perspectiva do controle difuso, uma percepção mais resolutiva na elaboração das cotas para o cumprimento pela autoridade policial, no bojo dos inquéritos policiais ou termos circunstanciados de ocorrência, seria uma necessidade, evitando idas e vindas dos procedimentos ao órgão de execução. A adoção de um filtro mais minucioso na elaboração das denúncias, de igual maneira, seria mais do que desejável para se evitar ações penais com pouco substrato de elementos inquisitoriais.

É fato que o art. 395, III, do CPP, dispõe sobre a rejeição da ação penal em caso de ausência de justa causa. Esta é compreendida como o mínimo de substrato quanto à materialidade e autoria relacionada à infração penal, ou seja, exige-se um patamar mínimo de indicativo a respeito da existência de uma infração penal e de sua autoria, segundo destaca Paulo Rangel (2013, p. 281). Gabriel Dilvan (2015, p. 92) compreende a justa causa como uma “espécie de barreira alfandegária para a incidência do sistema, com bases criminológico-críticas sendo assumidas e levadas em conta”. Em outras palavras, caso não existisse o mínimo de substrato de elemento para se admitir e processar uma ação penal, a rejeição deveria ser de rigor.

Em razão de um entendimento equivocado a respeito da existência extremamente questionável do princípio *in dubio pro societate*, conforme aponta Renato Lima (2017, p. 1.154), foram-se promovendo diversas ações penais, mesmo com frágil amparo em elementos inquisitoriais, ao argumento de que, em caso de dúvida ou fragilidade dos elementos, existiria um direito da sociedade em processar o investigado. Tal panorama, ao invés de se alinhar com o parâmetro de um Processo Penal Contemporâneo e, portanto, ao sistema acusatório, remontava elementos de um viés ultrapassado e de caráter nitidamente inquisitorial (FERNANDEZ, 2018, p. 37).

Com a devida vênia, essa percepção vem se mostrando equivocada. Em primeiro lugar, porque não há qualquer substrato normativo que lastreie a percepção do princípio *in dubio pro societate* e, ao contrário disso, o processo penal brasileiro tem se alinhado e buscado ser acusatório, inclusive conforme dispõe o art. 3º-A do CPP. Além disso, a propositura de ações penais deficientes ao argumento de que, na fase processual, as provas se firmarão, dificilmente ocorre isso, uma vez que o rol de testemunhas deve constar na denúncia, sob o ônus processual da preclusão (ARAKAKI, 2023, p. 176).

Essa visão mais acurada dos elementos inquisitoriais refrata uma percepção trazida da própria Análise Econômica do Direito. Esta se cuida de um referencial teórico dentro do qual se compreende que o Direito sofre influências de fenômenos econômicos, não podendo ser analisada de forma hermética a questão, mas sim a partir de um cenário de incentivos e desincentivos (ARAKAKI, ALONSO, GODOY, 2023, p. 3-4). Conforme Richard Posner (2010, p. 100) asseverava, a Análise Econômica do Direito propõe um filtro de caráter utilitarista ao propor um enfoque conjunto do Direito e da Economia.

A partir dessa premissa, logo se verifica que, ao se propor uma visualização mais acurada dos elementos inquisitoriais, inclusive para se ajuizar uma ação penal, otimizam-se os recursos limitados do Estado. É inegável que, por mais que o campo de atuação ministerial seja amplo, a partir da Constituição Federal de 1988, o órgão público é limitado e se sujeita a um contingenciamento de recursos humanos e financeiros. Não parece ser lógico e racionalmente econômico ajuizar ações penais por ajuizar, simplesmente, amparado em um princípio cuja existência deontica não encontra amparo em canto nenhum.

Enfim, é possível adotar essa linha, seja no controle difuso da atividade policial, seja na análise derradeira dos elementos inquisitoriais, como uma maneira de se implementar uma otimização de uma racionalidade econômica e jurídica, que é o que justamente propõe a Análise Econômica do Direito. A racionalidade econômico-jurídica, nos parâmetros do que ensina Ronald Coase (2016, p. 28-29), pode ser entendida como “O objetivo da política econômica é assegurar que as pessoas, quando decidem que rumo dar às suas ações, façam aquilo que trará o melhor resultado para o sistema como um todo. [...]”.

Implica dizer, dessa forma, que a Análise Econômica do Direito, ao propor uma percepção conjugada entre Economia e Direito, demanda uma visualização limitada dos recursos à disposição dos agentes e a imprescindibilidade de racionalização do emprego deles. Essa concepção se encontra alinhada quando se realiza um controle da atividade policial difusamente, no qual as cotas ministeriais exaurem todas as diligências necessárias, evitando idas e vindas do caderno investigatório e, também, quando se estabelece um parâmetro mais rígido de avaliação dos elementos inquisitoriais na oferta da ação penal.

Destaca-se, por oportuno, que essa racionalidade também se encontra relacionada a uma atuação resolutiva, em que se efetiva também o direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal. É possível, portanto, utilizando-se do filtro valorativo correspondente a um processo penal acusatório, empregar uma análise mais elaborada dos elementos inquisitoriais, a

fim de evitar ações penais com elementos de valoração nitidamente frágeis.

Em outro vértice, sob o enfoque da análise do órgão de execução, na dinâmica do controle externo concentrado, pode ser mencionada uma relação cooperativa e de colaboração entre a Polícia Civil e o Ministério Público. De fato, a partir de uma cadeia cooperativa e de colaboração, podem ser estipulados, consensualmente, prazos e metas a serem implementados na atividade policial. Essa dinâmica não equivale a se impor unilateralmente uma visão de um órgão sobre outro, mas sim procurar espaços de consensos, dentro dos quais cada um dos envolvidos possa atuar.

O agir comunicativo se funda na interação social, por meio da qual “[...] visa um comum acordo que satisfaça as condições de um assentimento racionalmente motivado quanto ao conteúdo de uma exteriorização. Um comum acordo almejado por via comunicativa tem um fundamento racional” (HABERMAS, 2012a, p. 496). Em outras palavras, o agir comunicativo, longe de figurar como uma unanimidade de opiniões, procura elos de consensos para que os indivíduos envolvidos tenham observado seu lugar de fala, possibilitando identificar espaçamentos de consensos (HABERMAS, 2012a, p. 496).

A partir da simetria comunicacional, o atendimento de espaços de fala; a abertura de fluidez comunicacional juntamente com uma interpretação igualitária comunicacional e o agir comunicativo formam seus pilares estruturantes (PALMERO, 2017, p. 87), os quais podem ser utilizados na forma como o Ministério Público exerce o controle concentrado da atividade policial. A circunstância de o agir comunicativo possibilitar à razão não se centrar apenas em um sujeito, consoante alertava Habermas (1997, vol. I, p. 20), já denota a importância desse viés teórico para o controle concentrado da atividade policial, ao se estabelecerem diretrizes de atuação.

No controle concentrado da atividade policial, a percepção da ação comunicativa habermasiana seria de grande valia, possibilitando aos envolvidos se comprometerem ao cumprimento de metas e ainda a se proporem a um planejamento mais amplo. Aliás, a própria concepção do agir comunicativo habermasiano demanda um grau de colaboração entre os agentes, não se satisfazendo com imposições ou espaços sem qualquer diálogo comunicativo. Nesse viés, a busca de metas e resultados, de forma conjunta e colaborativa, demonstrando o benefício a cada um dos envolvidos, implicaria percepções melhores ao princípio da razoável duração do procedimento penal.

A aplicação de instrumentos teóricos comunicacionais, como se sucede no agir comunicativo habermasiano, refrata uma face do Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo. Isso porque rompe com uma tradição meramente processual no sentido de que todas as vicissitudes se resolvem por intermédio da judicialização. Ao contrário disso, possibilita essa nova dinâmica a abertura de espaços para que os próprios agentes busquem dirimir os seus dilemas e justamente isso tem sido uma face atual e recente dentro do Processo Civil brasileiro, sobretudo no que concerne aos processos e problemas estruturais.

Tal tônica consensual, resolutiva, desjudicializante, igualmente, reverbera na dinâmica de um Direito Penal e Processual Penal contemporâneo. A possibilidade

de aplicação de institutos despenalizadores, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, demonstra uma outra face dentro do Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo, a qual permeia desde os procedimentos investigativos de natureza penal, albergando, inclusive, o controle externo da atividade policial.

Além disso, o exercício do controle concentrado da atividade policial pelo Ministério Público, de forma conjunta e colaborativa, pode, inclusive, identificar falhas existentes no planejamento interno dos trabalhos da própria unidade policial, motivo pelo qual é patente a importância de um órgão externo que traga sua visão também. Compreender os desafios da atividade policial e investigativa no dia a dia, compartilhando esse dado e conhecimento com um órgão externo, permite a adoção de meios e ferramentas mais producentes, inclusive na realização das investigações.

Ainda o estabelecimento do agir comunicativo no exercício do controle concentrado da atividade externa pode contribuir e muito para a resolução dos problemas em uma perspectiva mais ampla. Cita-se, a título meramente exemplificativo, a deficiência de investigadores nas unidades policiais. Quanto a tal caso, vindo ao conhecimento do Ministério Público no exercício do controle concentrado, caberá ao órgão, inclusive, adotar providências em relação ao Poder Executivo.

Veja-se que esse caso deixará de ser apenas um caso ordinário do controle externo e passará a outros segmentos de atuação do Ministério Público, como a questão do próprio patrimônio público, dentro do qual poderá cobrar a realização de concursos públicos, exigir planejamento do Poder Executivo, dentre outras soluções. É fato que, se a solução partisse apenas da própria polícia, dificilmente teria um resultado melhor, posto que as polícias se submetem hierarquicamente ao próprio Poder Executivo; contudo, essa cobrança, ao partir de um órgão independente e autônomo, promove um efeito muito mais produtivo.

Embora não seja a pretensão deste estudo esgotar as ferramentas pelas quais o Ministério Público pode implementar o direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal, é nítido que há, sim, maneiras de se efetivar essa pretensão. Esta, certamente, guarda íntimo vínculo com a demanda e a necessidade de uma busca de uma atuação ministerial mais resolutiva, o que é a percepção atual do Direito Penal Contemporâneo.

CONCLUSÃO

A concepção do papel de protagonismo do Ministério Público, principalmente no que toca à efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal, é um imperativo dentro de um Direito Processual Penal Contemporâneo. Isso porque sepulta a ideia de que o Ministério Público atua apenas com um viés acusador e punitivo, sem se preocupar com os direitos fundamentais e com a racionalização dos expedientes investigativos e processuais penais.

Dentro de uma ótica de um Direito Processual Penal Contemporâneo, mostra-se impossível a não incorporação da efetividade do direito

fundamental à razoável duração do processo penal, que também se aplica à razoável duração dos procedimentos investigativos. Significa dizer que a procura de instrumentos e ferramentas que tragam uma resposta estatal, em um tempo razoável, não é um luxo, mas uma necessidade sob o enfoque de um Direito Processual Penal Contemporâneo.

Ademais, o Ministério Público exerce um papel central dentro da dinâmica das investigações penais e dentro do próprio processo penal, daí porque sobre ele repousa uma responsabilidade ainda maior na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal. Tal percepção, longe de atender apenas ao direito do investigado/réu, também contempla os interesses do próprio Estado, da vítima e traduz uma lógica que atende à dinâmica da Análise Econômica do Direito.

Com efeito, considerando que os recursos estatais e humanos são finitos e a demanda processual e procedimental penal, cada vez mais acentuada, mostra-se imprescindível a incorporação de uma visão mais otimizada e eficiente, inclusive com filtros econômicos. Esse parâmetro, por outro lado, não se faz em detrimento da qualidade e muito menos ao arrepio do procedimento legal. O direito fundamental à razoável duração do processo ou procedimento penal deve ser feito à luz, evidentemente, de um parâmetro qualitativo e observando os cânones legais.

Frisa-se, por fim, que este estudo demonstrou o papel do Ministério Público, a partir de sua vocação constitucional, na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo/procedimento penal. Não se cuida de uma mera discussão teórica, mas sim de um papel que cabe ao Ministério Público, principalmente, pelo seu papel da defesa dos interesses individuais indisponíveis e sociais. A partir da percepção da atribuição ministerial na lógica processual penal, torna-se inarredável também concluir pela sua responsabilidade dentro do controle dos procedimentos investigativos e nas promoções das ações penais.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. O Sistema Penal Acusatório e a nova perspectiva da valoração dos elementos investigativos pré-processuais. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados/MS. Volume 25- nº 50, jul/dez 2023, p. 165-179.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ALONSO, Ricardo Pinha; GODOY, Sandro Marcos. A análise econômica do direito aplicada à judicialização de políticas públicas de acesso à educação infantil pública. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade REDES**, Canoas v. 11, n. 3, 2023, p. 01-18.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 14. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 339.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 30 jan. 2025.

BRASIL. Decreto nº 4.388/02 **DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm Acesso em: 30 jan. 2025.

BRASIL. **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre

Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 30 jan. 2025.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 2 jan. 2025.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 jan. 2025.

CARVALHO, Luís Grandinetti. **Processo Penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COUTO, Flávia Mussi Bueno do Couto. **Diretrizes essenciais de atuação resolutiva na área penal. Manual de resolatividade do Ministério Público** [recurso eletrônico] / Corregedoria Nacional do Ministério Público. - 1. ed. - Brasília: CNMP, 2023, p. 158-185.

DILVAN, Gabriel Antinolfi. Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas-criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar). **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v.3, n.1, p. 83-94, 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia para Salvaguarda do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por Acesso em: 30 jan. 2025.

FERNANDEZ, Catharina Maria Tourinho. **A inaplicabilidade do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. Salvador, 2018. 69 p. Monografia (Curso de Direito), UFBA, 2018.

FERRAJOLI, Luigi Ferrajoli. **Direito e Razão**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A VÍTIMA NA DOUTRINA PENAL: CONCEITO, TIPOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, [S. l.]**, v. 12, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/270>. Acesso em: 2 jan. 2025.

GUALBERTO, Daniela Cristina Moura; BECKER, Rodrigo Frantz. A demora na tramitação do processo administrativo e judicial: Brasil, Itália e Silenzio Assenso e a Legge Pinto. **Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral da União** Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 29, v. 1 (jul. 2013), p. 141-163. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1392>. Acesso em: 30 jan. 2025.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalidade. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2012a, vol. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Editora Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997, Vol. I.

LEGISLADOR PORTUGUÊS. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**: Diário da República n.º 86/1976. Atualizada até abril de 2021. Ebook Kindle. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-REP%C3%9ABLICA-PORTUGUESA-Rep%C3%BABlica-Atualizada-ebook/dp/B09445PZZW> Acesso em: 30 jan. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACIEL, Débora Alves. Conflito social, meio ambiente e sistema de justiça: notas sobre o novo papel do Ministério Público brasileiro na defesa de interesses difusos. **Plural**, São Paulo, v. 8, p. 5-28, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/75747>. Acesso em: 12 nov. 2023.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. A importância da vítima na construção de um consenso em âmbito penal. **Os Direitos das vítimas: reflexões e perspectivas**, vol. 1. Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Juliana Nunes Felix e Marcelo Weitzel Rabello de Souza (Coord.). Escola Superior do Ministério Público da União, 2023, p. 45-66.

PALMERO, María José Guerra. **Habermas: A aposta na democracia**. São Paulo: Salvat, 2017.

PEREIRA, Luciene Torres; DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. A duração razoável do processo como garantia de acesso à justiça sob a ótica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **CADERNOS ESTRATÉGICOS – ANÁLISE ESTRATÉGICA DOS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Seção 1 – Acesso à Justiça e Garantias Judiciais, 2013, p. 39-40. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39107.pdf> Acesso em: 30 jan. 2025.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Seção I – Do Ministério Público. CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. 1. ed. 2013.

SENADO DE ESPAÑA. **Constitución Española**. Última revisión 19/02/2024. Disponível em: [Constitución Española | Senado de España](#) Acesso em: 30 jan. 2025.

SENATO DELLA REPUBBLICA. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA** COSTITUZIONE ITALIANA - TRADUZIONE IN LINGUA PORTOGHESE. AGGIORNATA ALLA LEGGE COSTITUZIONALE 26 SETTEMBRE 2023, N. 1. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf Acesso em: 30 jan. 2025.

UNICEF. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 30 jan. 2025.

WAYBACK MACHINE. **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Disponível em: [Wayback Machine](#). Acesso em: 30 jan. 2025.

AS EMOÇÕES E A PROVA NO PLENÁRIO DO JÚRI

17/04/2025

CLAUDIA LOUREIRO OCÁRIZ ALMIRÃO¹

Mestre em Garantismo e Processo Penal pela Universidade de Girona, Espanha (2017).

Especialista com pós-graduação *lato sensu* em Processo Civil pela Universidade

Católica Dom Bosco, Campo Grande/MS, e em Direito Constitucional

pela Universidade da Grande Dourados, Dourados/MS.

Promotora de Justiça do Tribunal do Júri da Comarca de Dourados/MS.

RESUMO

O trabalho visa analisar as influências das emoções na memória das vítimas e testemunhas de crimes, especialmente os violentos. Sob esse prisma, serão abordadas as divergências comumente existentes nos testemunhos prestados logo após o crime ou em curto espaço de tempo entre sua ocorrência e a colheita da prova e como, na área jurídica, tem-se utilizado a neurociência de forma superficial visando à invalidação da prova testemunhal em decorrência das falsas memórias. Assim, serão apresentados alguns conceitos principais atinentes à formação, consolidação e evocação de memórias e das emoções, destacando os processos biológicos imbricados nesses processos. No campo jurídico, serão pincelados os principais institutos concernentes à colheita da prova testemunhal, pontuando o impacto do procedimento adotado na seara processual penal na narrativa apresentada pela pessoa inquirida e, conseqüentemente, na qualidade da prova.

Palavras-chave: Emoções; Memória; Neurociência; Prova testemunhal; Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O trabalho visa analisar as influências das emoções na memória das vítimas e testemunhas de crimes, especialmente os violentos, apresentando uma análise do impacto dos avanços da neurociência, especialmente nas temáticas da formação, consolidação e evocação de memórias na colheita e valoração da prova judicial. Portanto, tendo em vista que vivenciar uma situação de violência, seja na qualidade de vítima, seja de testemunha, implica estar acometido de fortes emoções que influenciam a forma como a situação é captada, retida e posteriormente externada na polícia e/ou em juízo na forma de testemunho. Cuida-se de tema de importância vital para o entendimento do processo de formação e evocação de lembranças, formadas em situações com forte carga emocional, e que impacta a prova nos

1] Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul.

Rua João Corrêa Neto, 400, Jardim Santo Antônio, Dourados/MS, 79810-080

claudiaalmirao@mpms.mp.br

processos penais criminais por crimes violentos, no caso, com enfoque nos crimes de homicídios, em suas formas consumada e tentada.

Um homem que não sabe controlar as suas emoções e vontades é como a cidade com seus muros derrubados.

Provérbios 25:28

1. EMOÇÕES: CLASSIFICAÇÃO E CONCEITUAÇÃO

Segundo António R. Damário (2012, p. 127) as emoções e os sentimentos “constituem aspectos centrais da regulação biológica, para sugerir que eles estabelecem uma ponte entre os processos racionais e os não racionais, entre as estruturas corticais e subcorticais”².

Partindo, portanto, da premissa de que o instrumento de racionalidade é constituído a partir do instrumento de regulação biológica e, com este, Damásio afasta as teses até então vigentes de que haveria uma divisão entre os referidos sistemas. Assim, na análise das emoções, propõe uma divisão em iniciais ou primárias, ou seja, aquelas experienciadas na infância, e adultas ou secundárias, para aquelas vividas na fase adulta, “construídas sobre as fundações daquelas emoções iniciais”³. Para ele, as emoções primárias “dependem da rede de circuitos do sistema límbico, sendo a amígdala e o cíngulo as personagens principais”.

Por sua vez, Paul Ekman (2011, p. 31) define a emoção como:

Um processo, um tipo específico de avaliação automática, influenciado por nosso passado evolucionista e pessoal, em que sentimos que algo importante para nosso bem-estar está acontecendo e um conjunto de mudanças fisiológicas e comportamentos emocionais influenciam a situação⁴.

Assim, defende que as emoções “normalmente ocorrem quando sentimos, justificadamente ou por engano, que algo que afeta seriamente nosso bem-estar, para melhor ou pior, está acontecendo ou prestes a acontecer”. Portanto, para ele, “as emoções se desenvolvem e nos preparam para lidar rapidamente com eventos essenciais de nossas vidas”⁵.

As emoções experimentadas pelas vítimas e testemunhas de crimes violentos são eminentemente negativas e podem ser a tristeza, a angústia, a surpresa, o medo, a aversão e o desprezo, até a raiva e a fúria, dependendo do contexto, o que

2] DAMÁSIO, A. R. O Erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Parte 2, p. 127.

3] Ob. citada, p. 129.

4] EKMAN, P. A Linguagem das emoções: revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo todas as expressões das pessoas ao redor. São Paulo: Lua de Papel, 2011, p. 31.

5] Ob. citada, p. 36.

evidentemente afeta a forma, a formação e retenção da memória do evento.

Nas palavras de Paul Ekman (2011, p. 56), “as emoções mudam nossa forma de ver o mundo e de interpretar as ações das outras pessoas”. Em situações de grande impacto emocional - e a vivência próxima de uma cena de violência é uma delas -, as emoções nos auxiliam a concentrar a nossa atenção e a “orientar nossas decisões a respeito de como reagir”, entretanto, quando acometidos de uma emoção forte, podemos ignorar “as novas informações trazidas pelo ambiente que não se encaixam em nossa emoção”. Portanto, Paul Ekman conclui que “o mesmo mecanismo que orienta e concentra nossa atenção pode distorcer a capacidade de lidar tanto com a nova informação como com o conhecimento já armazenado em nosso cérebro”⁶.

Essa análise nos permite afirmar que a atenção das vítimas e testemunhas é aguçada no exato momento da ação criminosa que as atinge ou que presenciam, dando ensejo à formação e armazenamento da memória a respeito do ocorrido. Esse processo, no entanto, pode ser afetado pelas emoções que sentiram, no sentido de fazê-las ignorar conhecimentos prévios, assim como as novas informações que não se encaixem nas emoções vivenciadas.

Um exemplo desse mecanismo de autoconfirmação da memória emocional é o de A. F. C. que noticiou na polícia que seu ex-companheiro havia invadido a casa dela, agredindo-a com socos e puxões de cabelo e que, ao cair em razão das agressões, ele bateu a cabeça dela no chão. Segundo ela, a seguir, ele levantou-a e tentou esganá-la. A vítima relatou inicialmente que havia fugido dele e foi à polícia, onde restou registrado que ela chegou desesperada e com lesões nos braços e rosto. No mesmo dia, quando retornava para casa, a vítima teria sido novamente abordada por E.P.V. que teria fechado o veículo que ela conduzia, provocando uma colisão⁷.

Meses depois, ao ser ouvida em juízo, a vítima relatou que havia se reconciliado com E.P.V. e que, quando ele chegou em casa, ela estava nervosa, com crise de ansiedade, e ambos discutiram. Ela ficou furiosa e ele segurou-a para que se acalmasse e ela debateu-se para que a soltasse. Após, ficou com medo quando o viu na rua, bateu o carro e saiu correndo. Ela alegou que só depois de um tempo conseguiu lembrar-se da dinâmica dos fatos de forma clara e chegou à conclusão de que o companheiro havia tentado contê-lo quando teve um acesso de raiva, que já estava em estado de ânimo irritada e que havia tido uma crise de pânico, razão pela qual ficou tão apavorada e acreditou que ele, de fato, queria matá-la.

Sem adentrar no tema do ciclo da violência, analisando o caso sob o prisma do estado emocional referido pela vítima, de acordo com Paul Ekman, seria um *estado refratário*, que afeta a compreensão do fato, o qual, segundo ele, costuma ser breve, mas, enquanto perdura, o “pensamento é incapaz de incorporar a informação divergente e mantém ou justifica a emoção que estamos sentindo”.

Como dito, as emoções são passageiras, mas, nesse curto espaço de tempo

6] Ob citada, p. 56.

7] Ação Penal n. 0901408.82.2023.8.12.0002, por crime de feminicídio tentado, que tramitou em segredo de justiça na Vara do Júri e de Execução Penal da Comarca de Dourados.

em que ocorrem, deflagram processos químicos e neurológicos e provocam reações diversas, dependendo do contexto, da personalidade da pessoa, de sua genética, formação e meio em que vive e até mesmo da cultura. Portanto, não é possível afirmar que todas as pessoas, nas mesmas circunstâncias, reagiriam de determinada forma e que a formação da memória segue o mesmo caminho.

O ponto de interesse desse aspecto na seara da prova testemunhal é que, durante uma ação violenta, a atenção tanto da vítima quanto das testemunhas fica totalmente voltada para a situação e para eventual tomada de decisão. Isso implica a fixação em determinados acontecimentos, enquanto outros, que são interpretados como periféricos, não são registrados porque não se encontram no foco da atenção.

2. MEMÓRIAS: CLASSIFICAÇÃO E CONCEITUAÇÃO

Discorrendo sobre memórias, Leonard Mlodinow (2003, p. 71) lembra que⁸:

A visão tradicional da memória, que persiste na maioria de nós, é que ela é como um arquivo de filme no disco rígido de um computador. Esse conceito de memória é semelhante à analogia de uma simples câmera de vídeo com o modelo de visão que descrevi no capítulo anterior, e tão equivocado quanto. Na visão tradicional, o cérebro grava um registro preciso e completo de eventos; se você não lembra, é porque não consegue (ou não quer) encontrar o arquivo do filme certo ou porque o disco rígido foi corrompido de alguma forma.

É exatamente essa a compreensão que ainda se tem nos processos judiciais criminais do que deve ser o testemunho prestado por vítimas e testemunhas. Espera-se que tragam a descrição exata e precisa de toda a dinâmica do crime, com suas circunstâncias e detalhes, e possibilitem ao julgador a apreensão da verdade do que ocorreu.

Portanto, a compreensão do real potencial da prova testemunhal é imprescindível para a sua correta valoração, pois cada testemunha e vítima traz para o processo aquilo que registrou do evento e da forma como o interpretou, já que, no momento em que faz o relato da memória, há também um processo de interpretação que, como já exposto, é influenciado pelas emoções vividas tanto no momento da ocorrência do fato quanto no momento em que essa memória é resgatada e experimentam novamente as mesmas emoções, desta feita, sob o influxo de outras decorrentes das formalidades existentes para a colheita da prova, seja na polícia, seja em juízo.

Nessa seara, Leonard Mlodinow (2003, p. 74) cita a teoria da memória, desenvolvida por Hugo Münsterbreg, que⁹:

8] MLODINOW, L. Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 71.

9] Ob. citada p. 74.

Acreditava que nenhum de nós pode reter na memória a vasta quantidade de detalhes com que nos confrontamos em qualquer momento da vida, e que nossos erros de memória têm uma origem comum – todos são artefatos das técnicas que nossa mente usa para preencher as inevitáveis lacunas. Essas técnicas incluem confiar em nossas expectativas, nos nossos sistemas de valores, de forma geral, e em nossos conhecimentos prévios. Como resultado, quando nossas expectativas, nossos valores e nosso conhecimento prévio estão às turras com os acontecimentos reais, nosso cérebro pode ser enganado.

E prossegue citando o livro de Münsterbreg, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime*, acerca dos conceitos-chave sobre a maneira como a memória realmente funciona, nos seguintes termos¹⁰:

Primeiro, as pessoas têm uma boa lembrança dos aspectos principais dos eventos, mas uma má lembrança dos detalhes; segundo, quando pressionadas pelos detalhes não lembrados, mesmo pessoas bem-intencionadas, fazendo sinceros esforços para ser precisas, e sem querer, preenchem os detalhes inventando coisas; terceiro, as pessoas acreditam nas lembranças que inventam.

Portanto, de acordo com Münsterbreg, citado por Leonard Mlodinow (2003, p. 80), o processo de formação de memória pode ser resumido nas seguintes etapas: lembrar a essência, preencher os detalhes, acreditar no resultado¹¹. Isso porque, segundo Mlodinow (2003, p. 86)¹²:

Uma das razões pelas quais não retemos as imagens que nossos olhos captam é que, para nos lembrarmos delas, os detalhes devem ter primeiro captado nossa atenção consciente. Mas, enquanto nossos olhos transmitem uma multidão de detalhes, nossa mente consciente não registra a maior parte deles. A disparidade entre o que vemos e o que registramos e, portanto, de que nos lembramos – mesmo num período de tempo muito curto – pode ser drástica.

Fixadas essas premissas a respeito da formação e fixação da memória, é preciso seguir no sentido de estabelecer quais os tipos de informações estão as vítimas e as testemunhas aptas a fornecer para o esclarecimento de uma ação passada e qual o valor probatório de seus relatos sobre o que presenciaram e/ou vivenciaram em momento de grande carga emocional negativa.

Nas palavras de Jeremy Bentham, citado por Daniel Kahnemmn (2012, p. 472),

10] Ob. citada p. 75.

11] Ob. citada p. 80.

12] Ob. citada p. 86.

“a natureza pôs a espécie humana sob o domínio de dois mestres soberanos, a dor e o prazer. Cabe a eles exclusivamente indicar o que devemos fazer, bem como determinar o que faremos”¹³. Ele denominava essas experiências de *utilidades*, enquanto Kahneman qualificou-as de *utilidade experimental*.

Kahneman prossegue (2012, p. 476) afirmando que:

Confundir a experiência com a lembrança dela é uma ilusão cognitiva convincente – e é a substituição que nos faz acreditar que uma experiência passada pode ser arruinada. O eu experiencial não tem uma voz. O eu recordativo às vezes está errado, mas é ele que fica de olho no placar e governa o que aprendemos com a vida, e é ele quem toma as decisões. O que aprendemos com o passado é maximizar as qualidades de nossas futuras lembranças, não necessariamente de nossa futura experiência. Essa é a tirania do eu recordativo.

Assim, conclui que¹⁴:

Há uma inconsistência incorporada ao design de nossas mentes. Temos fortes preferências de dor e prazer. Queremos que a dor seja breve e que o prazer dure. Mas nossa memória, uma função do Sistema 1, evoluiu para representar o momento mais intenso de um episódio de dor ou prazer (o pico) e as sensações quando o episódio estava em seu final. Uma memória que negligencie a duração não terá utilidade para nossa preferência por longos prazeres e sofrimentos curtos.

Deslocando esses ensinamentos para a evocação de memórias em testemunhos judiciais, pode-se afirmar que a dor causada pela ação criminoso, seja na vítima, seja na testemunha, faz com que fixem o momento mais intenso do acontecimento, que estarão aptos a reportar posteriormente quando inquiridos na polícia ou em juízo, tendo-se em mente que, como diz Kahneman: “uma história é sobre eventos significativos e momentos memoráveis, não sobre a passagem do tempo”¹⁵.

Logo, tendo-se delimitado o conceito de memória, sua formação e incorporação, passa-se à análise das situações em que a narrativa pode ser direcionada por elementos contingentes que alteram a percepção da realidade e a correta interpretação do ocorrido, conduzindo a erro no julgamento em razão dos vieses e ruído.

13] KAHNEMAN, D. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 472

14] Ob. citada pp 480-481.

15] Ob. citada, p. 483

3. HEURÍSTICAS, VIESES E RUÍDO

Um ponto que, por vezes, é sobrevalorizado na avaliação da prova testemunhal é a sua contaminação por vieses, o que pode conduzir à desconsideração ou invalidação do conjunto probatório, sem preocupação em aprofundar-se nas particularidades desse mecanismo que será a seguir explorado.

As heurísticas são operações simplificadoras que se utilizam para resolução de questões complicadas. De acordo com Kahneman (2012, p. 483), as heurísticas produzidas no denominado Sistema 1, do pensamento rápido e intuitivo, são úteis e proporcionam respostas adequadas, mas podem ser contaminadas por vieses, que conduzem a erros de julgamento sistemáticos, previsíveis¹⁶.

Tratando do erro humano, Kahneman delimita os seus componentes como sendo o viés e o ruído, descrevendo-os, respectivamente, como o desvio sistemático e a dispersão aleatória ou variabilidade indesejada, que afetam o julgamento. É certo que a interpretação de um evento, feita por testemunhas e vítimas, implica um julgamento¹⁷ e, portanto, sujeita a vieses e ruídos¹⁸.

Dentre as diversas espécies de ruídos, destaca-se o ruído de ocasião, consistente na variabilidade do julgamento em razão de elementos diversos, como o estado de ânimo, a fome, o sono, o estresse, o cansaço, o clima¹⁹ e outras incontáveis situações que afetam o processo decisório. De acordo com Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, p. 87), “o ruído de ocasião afeta todos os nossos julgamentos, o tempo todo”. Dentre suas fontes, destacam o humor, pois “o modo como julgamos pode depender de como nos sentimos”.

As pesquisas no ramo da psicologia são vastas no campo da influência do humor no julgamento e indicam, segundo Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, p. 88), que:

16] “A heurística para responder a uma pergunta difícil é encontrar a resposta para uma mais fácil. A substituição de uma questão pela outra causa erros previsíveis, chamados vieses psicológicos”. Ob. citada, p. 159.

17] De acordo com a definição de Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, p. 92-93), a memória não é uma tarefa de julgamento e sim uma tarefa cognitiva, que, segundo estudos de Michael Kahana, é afetada pelo nível de alerta das pessoas, pela qualidade do sono na noite anterior, pela hora do dia e por outras variáveis externas e internas, como o próprio funcionamento do cérebro. In KAHENEMAN, D., SIBONY, O. e SUNSTEINS, C. R. Ruído: uma falha no julgamento humano. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 92-92.

18] A classificação do ruído apresentada por Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, p. 26, 76, 77, 79, 80 e 83) é a seguinte: 1. ruído de sistema, que seria a variabilidade de julgamentos em um mesmo caso; 2. ruído de nível, que seria a variabilidade no nível médio de julgamentos feitos por juízes diferentes (apresentam diferentes níveis de severidade); 3. ruído de padrão, definido como a variabilidade que reflete um padrão complexo nas atitudes de juízes de casos particulares, ou seja, juízes não são igualmente severos em todos os casos, eles são mais austeros que a média pessoal em uns e mais lenientes em outros (juízes discordam entre si acerca de quais réus merecem tratamento mais severo ou leniente); 4. ruído de ocasião, quando juízes discordam de si próprios, influenciados pelo momento em que elaboram o julgamento, seu estado de espírito, a sequência de casos semelhantes e outras variáveis da ocasião (parte do ruído de padrão).

19] Com base em pesquisa de Joseph P. Forgas, “*Can Bad Weather Improve Your Memory? An Unobtrusive Field Study Of Natural Mood Effects On Real-Life Memory*”, *Journal of Experimental Social Psychology*, Kahneman, Sibony e Sunstein afirmam (2021, p. 87-88) que “tempo ruim está associado a memória melhorada, sentenças tendem a ser mais severas quando faz calor e o desempenho do mercado de ações é afetado por um dia ensolarado”.

O humor tem uma influência mensurável no que você pensa: o que nota o seu ambiente, as coisas que puxa da memória, como interpreta sinais. Mas o humor tem outro efeito mais surpreendente: ele também muda como pensamos. E aqui os efeitos não são os que se poderia imaginar. O bom humor também tem seus contras e o mau humor também tem seus prós. Os custos e benefícios de diferentes estados de espírito são específicos de cada situação.

Com efeito, o bom humor pode auxiliar nos negócios na medida em que deixa as pessoas mais cooperativas e abertas à reciprocidade. Por outro lado, nos deixa mais conformados e *“suscetíveis a adotar nossa primeira impressão como verdadeira sem contestá-la”* e a deixar que nossos vieses afetem nosso raciocínio. Além disso, nos deixa mais crédulos, e a testemunha de bom humor exposta a informações enganosas fica mais propensa a ignorá-las, enquanto o mau humor a torna mais crítica e, portanto, menos propensa ao falso testemunho²⁰.

Ademais, o estado de ânimo também impacta a reação às emoções decorrentes da vivência de um ato violento e, conseqüentemente, impacta a formação da memória sobre o evento.

Por sua vez, segundo Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, p. 159), os vieses são “erros de julgamento sistemáticos, previsíveis” produzidos pelas heurísticas. As heurísticas, por sua vez, constituem “operações simplificadoras” formuladas pelo pensamento rápido e intuitivo, denominado Sistema 1, sempre que nos confrontamos com uma questão complicada. Portanto, para eles, em sentido amplo, o viés refere-se ao mecanismo psicológico cognitivo e ao erro que tipicamente produz, mas também indica quando alguém é tendencioso contra determinado grupo ou que prefere uma conclusão particular, portanto, é tendencioso devido a um conflito de interesses ou a uma opinião política²¹.

Portanto, considerados como elementos psicológicos que integram o raciocínio, as heurísticas, ruídos e vieses podem estar presentes no testemunho e declarações prestadas por testemunhas e vítimas, o que, a par das reações provocadas pela violência, devem ser considerados na avaliação da prova como um ato humano sujeito a diversas contingências, mas que sempre será primordial para o esclarecimento de um crime violento e suas circunstâncias.

4. PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A investigação de um fato dado como criminoso inicia-se quando a sua ocorrência chega ao conhecimento da Polícia Judiciária, que, nas palavras de Gustavo Henrique Badaró (2019, p. 145), com base nos dados disponíveis, formula “hipóteses prévias, com potencial explicativo” do acontecimento²².

20] Ob. citada, p. 88

21] Ob. citada, p. 161

22] BADARÓ, G. H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 145.

Essas hipóteses são corroboradas ou refutadas no decorrer das investigações, que podem ser concluídas com uma hipótese explicativa dos acontecimentos passados, mediante o levantamento de elementos que indiquem a materialidade, as circunstâncias e apontem os indícios suficientes de autoria, possibilitando a deflagração da ação penal com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público²³. Caso nenhuma das hipóteses seja corroborada pelas provas colhidas, não havendo, portanto, indícios que possibilitem a formulação de outras hipóteses que embasem o seguimento das perquirições, o caminho é o arquivamento do inquérito policial.

A reconstituição dos fatos que são objeto do processo penal é feita por meio das provas, dentre as quais destaca-se a testemunhal, por ser a que é de forma mais direta impactada pelas emoções, pois depende da narrativa feita pelas pessoas que vivenciaram o crime como vítimas ou testemunhas ou que têm conhecimento sobre circunstâncias ou fatos relacionados a ele.

Para Paulo Rangel (2013, p. 451-452), a prova é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”²⁴.

A respeito da prova, de uma forma geral, Gustavo Henrique Badaró (2019, p. 40)²⁵ ensina que:

Entre as atividades necessárias à tutela dos direitos postulados pelas partes, sobressai a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas pelo autor e às respostas apresentadas pelo réu.

Com efeito, como bem destaca Badaró (2019, p. 69), é o “resultado da atividade probatória que permitirá o conhecimento de fatos passados, em sua delimitação jurídico-penal”²⁶.

Na apuração feita pela polícia, são colhidos os elementos necessários para a reconstituição do crime e para o esclarecimento de suas circunstâncias, mediante o levantamento do local do crime, análise de documentos, realização de perícias e oitivas de testemunhas, vítimas e interrogatório do autor.

23] A legislação processual penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03/10/1941) prevê que a ação penal pode ser pública, iniciada com denúncia ofertada pelo Ministério Público; privada, deflagrada com queixa-crime ofertada pela vítima; ou privada subsidiária da pública, quando é ofertada queixa-crime pela vítima nos casos de ação penal em que se verifica inércia do Ministério Público.

Na tipificação das condutas criminosas, a legislação penal indica os crimes que são de ação pública e os de ação privada. Considerando que apenas excepcionalmente os crimes violentos são processados mediante queixa-crime, serão considerados para fins de análise do procedimento de produção probatória as ações públicas, cujo autor é o Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, nas esferas Estadual e Federal, respectivamente.

24] RANGEL, P. Direito processo penal. 21 ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 451-452.

25] Ob. citada, p. 40.

26] Ob. citada, p. 69.

O delineamento da prova testemunhal, que é objeto do presente, encontra-se nos arts. 202 a 225 do Código de Processo Penal, que prescreve, em linhas gerais, que: 1. qualquer pessoa pode ser testemunha; 2. antes de iniciar seu depoimento, a testemunha será compromissada pelo juiz a “dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”; 3. o depoimento será sempre oral, permitindo-se breves consultas a anotações; 4. o testemunho é obrigatório²⁷; 5. as testemunhas são inquiridas separadamente, sem que umas possam ouvir os depoimentos das outras; 6. em juízo, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas²⁸ e, ao final, o juiz poderá complementar as perguntas.

Portanto, tanto o depoimento prestado perante o Delegado de Polícia quanto o prestado perante o Juiz de Direito são atos formais, revestidos de solenidades previstas na lei, que visam garantir a integridade da prova e possibilitar a reconstituição da verdade dos fatos. Isso implica que, pelas circunstâncias em que o testemunho é prestado, impõem-se doses extras de emoção às testemunhas e vítimas que, ao relatarem a violência que vivenciaram, revivem as mesmas emoções experimentadas durante a ação sobre a qual serão inquiridas.

Desconsiderando-se os vieses que podem incidir sobre as declarações prestadas na polícia e em juízo por vítimas e testemunhas, é comum ocorrerem alterações na forma como interpretam e relatam os fatos quando inquiridas posteriormente em juízo. É certo que o tempo decorrido entre um depoimento e outro e as informações incorporadas após a primeira inquirição na polícia, muitas das vezes sob o calor dos acontecimentos, influenciam os depoimentos de vítimas e testemunhas. Como já exposto, a par da influência das emoções, os depoimentos na polícia e em juízo são contaminados por elementos externos, que podem afetar a memória em si do evento, como também o relato prestado sobre ele.

Sintomáticos são os casos em que uma testemunha ocular traz informação que não é confirmada pelas outras provas, resultante de ruídos e vieses, que afetam sua memória do evento ou até mesmo do procedimento mental de preenchimento das lacunas que não foram incorporadas quando da ocorrência do crime, porque a testemunha tinha sua atenção focada em outro ponto.

Um exemplo prático é o caso de homicídio com dolo eventual decorrente

27] Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

28] A exceção está prevista na Lei nº 13.431, de 4/4/2017, que trata do depoimento especial para a “oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”. Assim, no procedimento traçado nos arts. 8º a 12, que prescrevem que: 1. A criança ou adolescente não teve contato, ainda que visual, com o suposto autor ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento; 2. O depoimento deve ser realizado em local apropriado e acolhedor, que garantam a privacidade da criança ou adolescente; 3. Sempre que possível, o depoimento da criança ou adolescente será realizado uma única vez; 4. criança ou adolescente terá contato com profissionais especializados, que esclarecerão sobre os procedimentos; 5. Não é permitida a leitura da denúncia ou de outras peças processuais; 6. É assegurada à criança ou adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência; 7. Quando colhido em juízo, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo; 8. Após a livre narrativa da criança ou adolescente, o juiz permitirá que as partes formulem perguntas complementares e, se entender pertinentes, as reportará em bloco ao profissional especializado, que as repassará à criança ou adolescente, adaptando-as, se necessário, à linguagem de melhor compreensão da criança ou adolescente; 9. O depoimento será gravado em áudio e vídeo.

de atropelamento de um adolescente em via pública. O autor, M. S. S. dirigia embriagado, em alta velocidade, e atropelou a vítima, que seguia a pé, próximo ao meio-fio. M. S. S. foi preso em flagrante e alegou que havia crianças brincando na rua e freou quando uma delas passou na frente do carro, o que fez com que seu veículo derrapasse e atingisse o adolescente que estava próximo ao meio-fio²⁹.

Dois dias depois do fato, a testemunha ocular B. J. foi ouvida e disse que viu que o investigado conduzia em alta velocidade e que jogou o veículo em outro carro, que seguia em sentido contrário, mudou a direção, freou, mas atropelou o adolescente que estava de bicicleta, arremessando-o no muro, contra o qual o corpo chocou-se e depois caiu na calçada sobre um monte de cascalho³⁰. Em juízo, a testemunha ratificou a narrativa, esclarecendo que a vítima estava com uma pipa, em companhia de outra criança, e que ambos seguiam na rua, com as mãos de direção, cada um em uma bicicleta.

Entretanto, outra testemunha, J., que, segundo B. J. estaria com ela a poucos metros do abalroamento e que também teria visualizado o atropelamento, aduziu que não presenciou o fato, apenas havia visto a vítima quando esteve momentos antes na mercearia, acompanhado de outro menino. Esclareceu que, naquela oportunidade, a vítima estava a pé, enquanto seu companheiro estava de bicicleta.

Apesar do relato de B. J., outras provas *testemunhal e pericial* indicavam que a vítima estava a pé quando foi atropelada. Nesse sentido, S. G. O. M. disse que seguia de motocicleta quando viu o carro de M. S. S. aproximando-se em alta velocidade, em sentido contrário, na contramão. Desviou para evitar a colisão e o réu jogou o carro para o outro lado, atropelando a vítima por trás. A vítima estava a pé na rua e foi jogada na calçada³¹.

Abordando o “labirinto da memória” no contexto da prova testemunhal, Perfecto Andrés Ibáñez (2009, p. 108), citado por Cavendon e Calzolari, ressalta que a lembrança não é uma fotocópia do evento, porque o ser humano não percebe passivamente as informações, mas atua sobre elas, codificando-as e elaborando-as³².

Tratando-se de crimes dolosos contra a vida, que são definidos na legislação penal como sendo aqueles em que o agente tem a intenção ou assume e aceita o risco de causar a morte de alguém³³, é necessária a prova de que, no caso narrado, o autor agiu deliberadamente para causar a morte de alguém ou que tenha aceitado e assumido conscientemente o risco de produzi-la³⁴.

O julgamento dos autores desses crimes é feito pelo Tribunal do Júri, no

29] Processo nº 0005785-92.2021.8.12.0002, que tramitou na 3ª Vara Criminal de Dourados/MS, p. 16/17

30] Processo citado, p. 57/58

31] Processo citado, p. 60/61

32] IBÁÑEZ, P. A. Prueba y convicción judicial em el proceso penal. 1ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 108. Em efecto, pues, según Cavendon y Calzolari, “el recuerdo no es una fotocopia del evento (...) porque el ser humano no percebe passivamente las informaciones, sino que actúa sobre ellas, codificándolas y elaborándolas”./;

33] Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

34] Previstos no Título I, Capítulo I, arts. 121 a 128, do Código Penal.

qual o Conselho de Sentença, formado por sete jurados leigos, cujos nomes são sorteados após a instalação da sessão, acompanha a inquirição de testemunhas eventualmente arroladas para plenário e o interrogatório do acusado³⁵, que encerra a instrução. Após, iniciam-se os debates das partes e, ao final, declarando-se habilitados ao julgamento, os jurados decidem respondendo aos quesitos que lhes são apresentados³⁶.

Nesse cenário, se forem arroladas pelas partes, a vítima e testemunhas são inquiridas em plenário durante o julgamento público, realizado com observância de formalidades legais, fatores que, evidentemente, acrescentam doses extras de emoção ao ato, podendo inibir ou afetar o resgate de memórias.

Além disso, normalmente os depoimentos em juízo, inclusive no plenário do júri, são prestados na presença do acusado, e as testemunhas são inquiridas pelo Promotor de Justiça, pelo(s) Advogado(s) que integra(m) a banca de defesa e pelo Juiz, que também poderá repassar perguntas feitas pelos jurados. Nessa ocasião, as testemunhas são confrontadas com as outras provas existentes no processo, dentre as quais, seus depoimentos eventualmente prestados anteriormente, os das outras testemunhas, a(s) versão(ões) apresentada(s) pelo réu e as provas periciais e documentais.

Nesse cenário, calha a lição de Perfecto Andrés Ibáñez (2009, p. 111-112)³⁷:

En el funcionamiento articulado de esos três sistemas de memoria (la memoria o registro sensorial, la memoria a corto plazo y la memoria a largo plazo), a partir de los trabajos de Loftus, se identifican três fases. La de *adquisición*, que corresponde a la percepción de lo ocurrido, en la que inciden dos grupos de factores, los ligados a la calidad del suceso (tempo de exposición, relevância, violência...) y los que tienen que ver con las particularidades del testigo (estrés, miedo, expectativas). En este segundo plano se considera acreditado algo que suele olvidarse en el juzgado: que “um fuerte estado emotivo resta, en la fase de almacenamiento, energías y atención necesarias para captar el mayor número de informaciones posibles y desplaza estos recursos al control y desahogo de las emociones (...) com empeoramiento de la agudeza perceptiva global”. Duante la fase de *retención*, se sabe bien, la traza mnésica se degrada progressivamente y el passo del tiempo juega, ya sólo por sí mismo, em sentido negativo; sin contar com la eventual incidência, conciente o inconsciente, de nuevas informaciones. Em fin, la fase de *recuperación* tiene, para lo que aquí interessa, um relieve singular, porque es la del interrogatório, más bien interrogatórios sucessivos, a veces compulsivos; com frecuencia sugestivos, siempre selectivos y tácticamente orientados y

35] O interrogatório em plenário é ato essencial, entretanto, cuidando-se de ato de autodefesa, ao acusado é possibilitado não responder às perguntas sobre os fatos ou respondê-las seletivamente.

36] Art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

37] Ob. citada, p. 111-112.

por lo general articulados em preguntas, preferentemente, cerradas. Cuando es notoria que lo más funcional a uma buena actualización del recuerdo es dar al testigo la oportunidad inicial de uma narración libre.

No caso referido, o lapso de memória da testemunha B. J. em relação ao fato de a vítima estar de bicicleta e não a pé quando foi atropelada e morta, não foi considerado como elemento apto a invalidar seu testemunho, que foi sopesado positivamente, tendo o acusado sido condenado por homicídio doloso. Portanto, os jurados entenderam que, ao conduzir embriagado, em alta velocidade, em via pública movimentada, estreita, de bairro populoso, em local que sabia haver muitas pessoas na rua, inclusive crianças brincando, pois residia nas proximidades, o réu assumiu e aceitou o risco de matar o adolescente.

Durante os debates, o Ministério Público, representado pelo(a) promotor(a) de Justiça, não mais defende a hipótese explicativa versada na investigação, mas a tese acusatória exposta na denúncia e acolhida na sentença de pronúncia. Assim, expõe aos jurados a fundamentação jurídica e as consequências legais do julgamento, bem como apresenta-lhes todas as provas do processo, dentre as quais a prova testemunhal colhida na polícia e em juízo, valoradas no contexto probatório, das circunstâncias do crime e dos demais elementos de convicção, como a prova documental e pericial.

Por outro lado, a defesa faz uma análise do feito sob o prisma benéfico ao acusado, seja negando a tese acusatória, seja enfraquecendo as provas que a sustentam, seja aceitando-a parcialmente, mas agregando-lhe novos fatos, por exemplo, que agira em legítima defesa. Ademais, pode apresentar uma tese alternativa da prática de infração diversa e menos grave, conforme exposto por Badaró (2019, p. 152-153)³⁸.

Esses dois olhares permitem que os julgadores formem suas convicções e realizem a valoração das provas de acordo com suas convicções e profiram um veredicto. Logo, nesses crimes, a valoração do peso do caderno probatório é feita pelos jurados, que não necessitam justificar o seu convencimento e tomam conhecimento dos fatos no plenário. Todas as questões implicadas na colheita da prova, dentre elas, a qualidade e a sua carga probatória como instrumento de convencimento, são analisadas em julgamento público, que é eminentemente emotivo porque lida com os valores mais sagrados do ser humano, que são a vida e a liberdade.

CONCLUSÃO

Portanto, o impacto emocional das testemunhas e vítimas de crimes violentos atua como fator de reforço de retenção da memória, ainda que algumas circunstâncias periféricas da ação possam ter passado despercebidas, já que o foco da atenção é para o ato que provocaria a necessidade de reação ou fuga.

É certo que a prova testemunhal é impactada pelo tempo, que exerce um

38] Ob. citada, p. 152-153

poder corrosivo no resgate das memórias decorrentes do crime, entretanto, não se pode desconsiderá-la se está em consonância com os outros elementos de prova, o que implica que o cerne do ato em si foi registrado e devidamente resgatado para o levantamento histórico do que sucedeu para que se chegue à verdade.

As emoções vivenciadas por testemunhas e vítimas no momento do crime violento podem ser de várias ordens, mas são predominantemente negativas, como o susto, o medo, a raiva, a tristeza, o rancor, e influenciam a formação das memórias, como também o seu resgate no momento em que as testemunhas são inquiridas.

Com o intuito de reduzir os vieses da prova testemunhal, é necessário que a inquirição da testemunha seja feita de modo a não a contaminar com os dados já existentes no processo, registrando, se possível, o estado emocional em que se encontrava no momento dos fatos sobre os quais é ouvida e o do momento da colheita da prova.

Para tanto, é imprescindível que, no plenário do júri, as perguntas sejam feitas de modo a não induzir as respostas, evitando, ao menos de início, a leitura de eventuais depoimentos anteriores, deixando tal procedimento, se for necessário, para esclarecer casuais divergências, de modo que se possa posteriormente sopesar devidamente a prova e dar-lhe o peso devido em consonância com as outras provas existentes no processo.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, G. H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Código de Processo Penal

Constituição Federal

DAMÁSIO, A. R. O Erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Parte 2.

EKMAN, P. A Linguagem das emoções: revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo todas as expressões das pessoas ao redor. São Paulo: Lua de Papel, 2011.

IBÁÑEZ, P. A. Prueba y convicción judicial em el proceso penal. 1ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

KAHNEMAN, D. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, D., SIBONY, O. e SUNSTEINS, C. R. Ruído: uma falha no julgamento humano. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

Lei nº 13.431, de 4/4/2017.

MLODINOW, L. Subliminar – como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RANGEL, P. Direito processo penal. 21 ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

VIESES ALGORÍTMICOS E DISCRIMINAÇÃO ÉTNICO-RACIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

ALGORITHMIC BIAS AND ETHNIC-RACIAL DISCRIMINATION IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

DOUGLAS SILVA TEIXEIRA¹

Resumo: O artigo analisa os riscos de reprodução de desigualdades raciais por meio do uso de inteligência artificial no sistema de justiça criminal brasileiro. A partir de abordagem crítico-dialética, investiga como os algoritmos podem intensificar o racismo estrutural e comprometer a equidade. Utiliza-se revisão bibliográfica e análise normativa nacional e internacional. O estudo propõe estratégias de regulação e controle, com foco na prevenção de impactos discriminatórios e na promoção de um sistema penal mais justo e transparente.

Palavras-chave: inteligência artificial; justiça criminal; discriminação étnico-racial; vieses algorítmicos; direitos humanos.

Abstract: This article analyzes the risks of reproducing racial inequalities through the use of artificial intelligence in the Brazilian criminal justice system. Based on a critical-dialectical approach, it investigates how algorithms can intensify structural racism and compromise equity. It employs a literature review and normative analysis at national and international levels. The study proposes regulatory and control strategies focused on preventing discriminatory impacts and promoting a fairer and more transparent justice system.

Keywords: artificial intelligence; criminal justice; ethnic-racial discrimination; algorithmic bias; human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Bases históricas do racismo estrutural e da desigualdade no sistema de justiça. 3. Inteligência artificial e reprodução das desigualdades raciais. 4. Limites da regulação algorítmica: desafios institucionais e epistemológicos. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A incorporação de tecnologias baseadas em inteligência artificial (IA) ao sistema de justiça criminal tem despertado intensos debates acadêmicos, institucionais e normativos, especialmente no que tange aos impactos dessas

1] Promotor de Justiça e Coordenador Adjunto do Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

ferramentas sobre os direitos fundamentais e a equidade racial. Sob a promessa de maior eficiência, racionalidade e precisão, sistemas algorítmicos vêm sendo utilizados para análise de risco, policiamento preditivo, reconhecimento facial e formulação de sentenças. Contudo, inseridas em contextos marcados por desigualdades estruturais, essas tecnologias podem não apenas reproduzir, mas intensificar padrões discriminatórios, sob o disfarce de neutralidade técnica.

Vieses podem ser compreendidos como desvios sistemáticos na forma como julgamos, percebemos ou tomamos decisões, comprometendo a neutralidade esperada nesses processos. Segundo Daniel Kahneman, esses desvios resultam de padrões cognitivos automáticos que, embora úteis para respostas rápidas, frequentemente conduzem a erros previsíveis. Quando não identificados, tais vieses tendem a se cristalizar em práticas institucionais ou técnicas, inclusive na programação de sistemas de inteligência artificial, reproduzindo desigualdades sob a aparência de racionalidade.

O conceito de viés, em seu sentido mais amplo, refere-se apenas a uma inclinação sistemática que compromete a neutralidade de avaliações, decisões ou resultados. No campo da tecnologia, e especialmente da inteligência artificial, esses vieses são frequentemente herdados de dados históricos contaminados por desigualdades sociais e operam por meio de decisões técnicas nem sempre visíveis. Como adverte Safiya Noble (2018), algoritmos são expressões de relações de poder e, longe de neutros, carregam valores e pressupostos dos contextos em que são desenvolvidos. Quando inseridos em instituições historicamente marcadas por práticas discriminatórias, como o sistema penal, os algoritmos não apenas reproduzem desigualdades, mas podem legitimá-las sob a aparência de objetividade técnica.

No Brasil, cuja formação social foi profundamente marcada por mais de três séculos de escravidão, as instituições penais ainda refletem essa herança excludente. Como aponta Laurentino Gomes, a escravidão é o assunto mais importante da história do Brasil (GOMES, 2019). Essa centralidade histórica moldou hierarquias sociais, raciais e institucionais que permanecem visíveis na seletividade da ação penal, no encarceramento em massa e na violência policial.

Silvio Almeida destaca que o racismo no Brasil é estrutural, pois “organiza a sociedade de forma a reproduzir desigualdades e hierarquias raciais mesmo sem a necessidade de ações intencionais ou conscientes por parte dos indivíduos” (ALMEIDA, 2019, p. 42). Já Safiya Umoja Noble demonstra que algoritmos, como os de busca, “como sendo benignos, neutros e objetivos, eles são tudo menos isso”, reforçando estereótipos racistas e de gênero, atuando como dispositivos de poder (NOBLE, 2018). Achille Mbembe contribui analiticamente com o conceito de necropolítica, que revela como o Estado exerce poder sobre a vida e a morte de populações vulneráveis, especialmente negras, criando “zonas de morte” institucionais.

A esses aspectos soma-se a crítica técnica de Cathy O’Neil, segundo a qual certos modelos matemáticos, quando aplicados sem transparência, tornam-se verdadeiras “armas de destruição em massa” — opacos, não auditáveis e escaláveis, fazendo do uso de IA uma ameaça real à justiça social.

No plano internacional, o Artificial Intelligence Act da União Europeia, aprovado em 2024, classifica como “alto risco” os sistemas de IA utilizados na justiça criminal, impondo exigências rigorosas de transparência, supervisão humana e restrições ao reconhecimento facial e policiamento preditivo. Esse marco regulatório serve de referência para diretrizes nacionais como a Resolução CNJ nº 615/2025, que também prioriza princípios de auditabilidade e prevenção da discriminação.

Ainda no Brasil, tramitam projetos de lei relevantes: o PL 21/2020, que estabelece fundamentos e diretrizes para o uso da IA no país, e PL 2338/2023, que dispõe sobre uso ético e responsável da IA, com foco na centralidade da pessoa humana. Sua tramitação reforça a urgência de antecipar e mitigar riscos sociais e institucionais decorrentes da adoção dessas tecnologias.

Partindo dessa conjuntura, o presente artigo investiga, de forma crítico-dialética, os riscos associados à aplicação da inteligência artificial no sistema de justiça criminal brasileiro, com ênfase nos seus efeitos sobre a população negra. A hipótese central é que, em um sistema já atravessado por seletividades raciais, a adoção de soluções algorítmicas sem controle democrático e supervisão robusta tende a aprofundar desigualdades históricas, comprometendo o direito à igualdade e ao devido processo legal. Para isso, emprega-se metodologia qualitativa, com revisão bibliográfica crítica e análise documental, incluindo normativas nacionais e comparativo internacional.

Nesse sentido, é importante destacar que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, promulgada pelo Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, com status de emenda constitucional. Ao integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro, essa convenção impõe deveres positivos ao Estado para prevenir, eliminar e reparar práticas discriminatórias, inclusive aquelas mediadas por tecnologias digitais e algoritmos. Essa normatividade internacional reforça a exigência de que o uso de ferramentas de inteligência artificial no sistema de justiça criminal seja compatível com os princípios da igualdade substancial, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

Essa reflexão dialoga diretamente com o papel institucional do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, responsável pela defesa da ordem jurídica, dos direitos fundamentais e da igualdade racial. Ao discutir os limites e possibilidades da regulação da IA, o estudo almeja contribuir para o fortalecimento de um sistema penal antidiscriminatório, transparente e constitucionalmente orientado.

2. BASES HISTÓRICAS DO RACISMO ESTRUTURAL E DA DESIGUALDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA

O Brasil possui um dos mais longos e intensos históricos de escravidão do mundo ocidental, tendo sido o destino de aproximadamente 40% dos africanos escravizados levados para as Américas (GOMES, 2019). Durante mais de três séculos, o trabalho compulsório de pessoas negras sustentou as principais cadeias produtivas da economia colonial e imperial, com destaque para os ciclos do açúcar,

do ouro e, posteriormente, do café. Este último consolidou-se, no século XIX, como o motor da economia nacional, tornando-se responsável por grande parte da receita do Império na década que antecedeu a abolição.

Mesmo no contexto de reformas legislativas “abolicionistas”, como as Leis do Ventre Livre (1871) e dos Sexagenários (1885), a ordem escravista permaneceu hegemônica, e os negros libertos continuaram subordinados a um sistema jurídico e político que os excluía da cidadania efetiva (REIS, 1991). A abolição formal em 1888 não foi acompanhada por políticas de inclusão, reparação ou redistribuição. Ao contrário, o Estado brasileiro adotou medidas que consolidaram a exclusão social da população negra, promovendo a imigração europeia subsidiada como estratégia de “branqueamento” da força de trabalho (NASCIMENTO, 2016).

A Lei de Terras de 1850 (Lei nº 601) já havia representado um marco na política de concentração fundiária e exclusão racial, ao estabelecer que a aquisição de terras só poderia se dar por compra, eliminando a possibilidade de acesso gratuito por posse ou uso. Essa norma inviabilizou o acesso à terra por parte da população liberta, perpetuando desigualdades fundiárias e impedindo a construção de uma base econômica autônoma para os ex-escravizados. No campo da educação, a segregação foi institucionalizada por mecanismos formais e informais, como a exigência de autorização senhorial para matrícula e a exclusão de crianças negras dos espaços escolares públicos (GONZALEZ, 1982; RIOS, 2020).

Mesmo com o fim formal da escravidão, o aparato jurídico-repressivo foi reconfigurado para manter a subordinação da população negra, agora sob as vestes da legalidade republicana. Durante as primeiras décadas da República, o projeto de exclusão racial assumiu novas formas. O Código Penal de 1890 criminalizou condutas associadas à sobrevivência negra, como a vadiagem, a capoeira e o curandeirismo. Essas normas serviram para manter o controle estatal sobre corpos negros, agora sob o aparato jurídico da legalidade republicana. Assim, o sistema penal brasileiro funcionou como mecanismo de continuidade da lógica escravista, convertendo desigualdades raciais em condenações formalmente neutras (BORGES, 2021).

Esse conjunto de políticas (ou sua ausência), nas áreas fundiárias, educacionais, migratórias e penais, estruturou um modelo de exclusão racial sistêmica. Como afirmava Lélia Gonzalez (1982), o negro passou a ocupar o “lugar social da marginalidade”, criminalizado, empobrecido e privado de acesso à institucionalidade. O racismo, longe de ser acidental, foi institucionalizado por meio de políticas públicas e pela atuação omissiva ou punitiva do Estado.

Atualmente, os efeitos dessa estrutura histórica permanecem evidentes no sistema de justiça criminal. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024) revelam que pessoas negras compõem a maioria da população carcerária e figuram como principais vítimas de abordagens policiais letais. O perfil dos sujeitos criminalizados: jovens, negros, periféricos, revela a persistência de um padrão seletivo de repressão, herdado diretamente da matriz escravista e eugenista.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024, pessoas negras representaram 82,7% das vítimas de mortes decorrentes de intervenções policiais, 77,8% dos homicídios dolosos e 69,1% da população carcerária do país. Esses índices revelam que, embora constituam pouco mais da metade da população brasileira,

os indivíduos negros são desproporcionalmente alvos da letalidade estatal e do encarceramento.

Trata-se de uma seletividade penal que se estrutura a partir da associação histórica entre negritude e periculosidade, reforçada por práticas institucionais e tecnologias que operam sobre dados enviesados. Como destaca o próprio anuário, “estamos lidando com um processo criminal que tem cor”, no qual decisões sobre quem será revistado, detido ou condenado são frequentemente guiadas por estigmas raciais. Esses números reforçam a tese de que a aplicação acrítica de tecnologias como a inteligência artificial, sem controle democrático, explicabilidade ou diversidade epistêmica, tende a automatizar e ampliar as desigualdades raciais já consolidadas no sistema penal brasileiro.

É nesse contexto que a aplicação de novas tecnologias, como a inteligência artificial, deve ser analisada de forma crítica. Ao operar com dados históricos oriundos de instituições racializadas, os sistemas algorítmicos correm o risco de reproduzir desigualdades já consolidadas, automatizando práticas discriminatórias. Como destaca Abdias Nascimento (2016), o Brasil construiu um “genocídio por omissão”, promovendo uma política de exclusão com verniz institucional. Ignorar esse passado compromete a legitimidade de qualquer projeto de modernização do sistema penal.

A aplicação de tecnologias baseadas em inteligência artificial (IA) ao sistema de justiça criminal é frequentemente apresentada como uma estratégia para superar a morosidade, a subjetividade e as ineficiências do processo penal. Entretanto, ao serem incorporadas em estruturas sociais marcadas pelo racismo estrutural, compreendido como a lógica institucional e histórica que organiza a sociedade brasileira com base na reprodução de desigualdades raciais (ALMEIDA, 2019), tais ferramentas tecnológicas tendem a automatizar injustiças, e não a corrigi-las.

Compreender essas raízes históricas é, portanto, condição prévia para a incorporação responsável de inovações tecnológicas. A inteligência artificial, quando aplicada em contextos institucionais marcados por desigualdade racial, demanda não apenas regulação, mas vigilância epistêmica e histórica.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REPRODUÇÃO DAS DESIGUALDADES RACIAIS

A aplicação de tecnologias baseadas em inteligência artificial (IA) ao sistema de justiça criminal é frequentemente apresentada como uma estratégia para superar a morosidade, a subjetividade e as ineficiências do processo penal. Entretanto, diversos estudos demonstram que essas ferramentas não operam em vazio normativo ou social: ao contrário, elas aprendem a partir de dados produzidos por instituições historicamente atravessadas por desigualdades e discriminações. Em vez de eliminar distorções, a IA pode automatizar e amplificar injustiças, sobretudo quando aplicada a campos como segurança pública, persecução penal e decisões judiciais.

Um dos casos paradigmáticos nesse sentido é o do software norte-americano COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), utilizado por tribunais para estimar o risco de reincidência de réus. Investigação

da ProPublica revelou que o sistema apresentava taxas de falsos positivos significativamente maiores para pessoas negras, classificando-as como mais perigosas do que realmente eram, enquanto atribuía risco inferior a réus brancos com histórico criminal equivalente ou superior (ANGWIN et al., 2016). A explicação não reside apenas nos algoritmos, mas na base de dados: ao operar sobre históricos institucionais enviesados, os sistemas reproduzem padrões raciais de criminalização.

Fenômeno semelhante foi identificado no campo do reconhecimento facial. Estudo conduzido por Joy Buolamwini e Timnit Gebru (2018), no MIT Media Lab, revelou que os principais sistemas comerciais disponíveis apresentavam erros de até 34,7% na identificação de rostos de mulheres negras, enquanto a taxa de erro para homens brancos era inferior a 1%. A causa era a baixa representatividade de imagens de mulheres negras nos bancos de dados utilizados para treinar os algoritmos. O resultado é um risco real de incriminação indevida, vigilância desproporcional e violação de direitos fundamentais, sobretudo quando tais tecnologias são aplicadas por forças policiais e órgãos do sistema penal.

A interseccionalidade entre raça, gênero e classe é, portanto, central para a crítica aos sistemas algorítmicos. Como observa Safiya Umoja Noble (2018), algoritmos de busca e classificação não são apenas ferramentas técnicas, mas também codificações de valores sociais, culturais e políticos. Esses sistemas operam a partir de decisões humanas, muitas vezes invisíveis, sobre o que deve ser indexado, medido, ranqueado ou descartado. Nas palavras da autora, algoritmos de opressão não surgem do nada: eles são produtos das estruturas de poder que os moldam.

No contexto brasileiro, os riscos associados à adoção acrítica de IA são ainda mais preocupantes. A base de dados que alimenta o sistema penal é marcada por décadas de seletividade, criminalização da pobreza e racialização do crime. A violência institucional contra a população negra, expressa nas abordagens policiais, nas prisões preventivas e na dificuldade de acesso à defesa técnica, tende a ser reforçada quando algoritmos operam sobre registros contaminados por essas distorções. A suposta “objetividade” da IA pode, assim, mascarar práticas estruturais de exclusão sob o manto da eficiência tecnológica.

Essa crítica foi reforçada pelo caso do chatbot Tay, desenvolvido pela Microsoft e lançado em 2016 para interagir com usuários no Twitter. Em menos de 24 horas, o sistema passou a replicar falas racistas, misóginas e neonazistas aprendidas a partir das interações com usuários da plataforma. O experimento foi retirado do ar às pressas, mas deixou uma lição essencial: sistemas de IA, quando expostos a ambientes estruturados por discursos de ódio, tendem a internalizá-los e reproduzi-los, evidenciando a ausência de filtros normativos e a fragilidade das salvaguardas éticas (GILLESPIE, 2017).

Além do viés racial, um dos maiores desafios associados ao uso de inteligência artificial no sistema penal reside na chamada “opacidade algorítmica”, também conhecida como efeito *black box*. Isso ocorre quando os critérios de decisão utilizados por sistemas de IA tornam-se indecifráveis até mesmo para seus desenvolvedores, dificultando a auditoria pública e o controle jurisdicional. Como destaca Frank Pasquale (2015), a crescente dependência de sistemas automatizados para decisões críticas representa um risco significativo à transparência democrática,

especialmente quando afeta diretamente a liberdade, a reputação ou os direitos de indivíduos racializados.

Nesse contexto, a explicabilidade (ou explainability) emerge como princípio fundamental da governança algorítmica. O GDPR, em seu artigo 22 e nos considerando 71 e 63, reconhece o direito dos cidadãos de não serem submetidos a decisões automatizadas sem possibilidade de revisão humana e impõe o dever de fornecer “informações significativas sobre a lógica envolvida”.

No entanto, a lógica algorítmica nem sempre se alinha à lógica humana. Embora os algoritmos sejam construídos com base em fundamentos matemáticos e estatísticos, a complexidade dos modelos, especialmente os baseados em aprendizado de máquina, pode torná-los indecifráveis tanto para leigos quanto para especialistas. Assim, ainda que se exija, como previsto na GDPR, o fornecimento de uma explicação sobre a decisão automatizada, tal explicação pode ser tecnicamente correta, mas epistemicamente inacessível ou sem significação prática para o indivíduo afetado, justamente por não seguir os padrões normativos e sociais usualmente compreendidos nas interações humanas.

A ausência de explicabilidade compromete não apenas o contraditório e a ampla defesa, mas também a confiança no próprio sistema de justiça. A invisibilidade da desigualdade nos processos de construção algorítmica dificulta o controle social. Os dados são tratados como meros insumos estatísticos, desprovidos de historicidade e contexto. Como alerta O’Neil (2020), sistemas de decisão opacos, escaláveis e sem mecanismos adequados de auditoria pública podem funcionar como algoritmos de destruição em massa, promovendo injustiças de forma silenciosa e institucionalmente legitimada.

Portanto, quando algoritmos operam como caixas-pretas em contextos já atravessados por desigualdades históricas, a opacidade tecnológica deixa de ser uma falha técnica e passa a ser uma ameaça à justiça material, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

Desta maneira, compreender os riscos da IA no sistema de justiça criminal exige ir além da linguagem técnica. É necessário reconhecer que o problema dos vieses algorítmicos não reside apenas em falhas de codificação, mas na reprodução de estruturas sociais desiguais que operam sob novas formas. Sem mecanismos eficazes de regulação, supervisão e diversidade epistêmica, a inteligência artificial tende a sofisticar o que há de mais excludente no sistema penal contemporâneo.

4. LIMITES DA REGULAÇÃO ALGORÍTMICA: DESAFIOS INSTITUCIONAIS E EPISTEMOLÓGICOS

Diante dos riscos demonstrados na aplicação de tecnologias baseadas em inteligência artificial (IA) ao sistema de justiça criminal, a formulação de marcos regulatórios consistentes tornou-se uma exigência ética e constitucional. No Brasil, a Resolução nº 615/2025 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constitui um importante passo nesse sentido, ao estabelecer diretrizes específicas para o desenvolvimento e uso de sistemas de IA no âmbito do Poder Judiciário. A norma prevê, entre outros pontos, a necessidade de transparência algorítmica, supervisão

humana, vedação de discriminação e realização de avaliação de impacto prévio. Trata-se de um avanço inegável frente à ausência de normatização setorial que marca outras esferas institucionais.

Contudo, a Resolução, por mais relevante que seja, encontra limites estruturais que não podem ser ignorados. Em primeiro lugar, seu alcance restringe-se ao Poder Judiciário, deixando de fora outras instituições-chave do sistema penal, como o Ministério Público, as Polícias Judiciárias e o sistema penitenciário. Em segundo lugar, sua efetividade depende da capacidade das instituições em internalizar os princípios ali previstos, o que demanda recursos técnicos, formação crítica e vontade institucional, fatores desigualmente distribuídos.

A aplicação da Resolução 615 deve ainda ser compreendida em articulação com outros marcos legais em vigor. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) estabelece princípios de finalidade, adequação, necessidade, segurança e não discriminação no tratamento de dados pessoais, inclusive os sensíveis, o que abrange diretamente os algoritmos utilizados para classificar, prever ou orientar decisões sobre indivíduos.

A Convenção Interamericana contra o Racismo, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 10.932/2022, impõe obrigações positivas ao Estado para prevenir, eliminar e reparar práticas discriminatórias, inclusive por meios tecnológicos. Esses instrumentos reforçam a exigência de que a regulação da IA vá além de parâmetros técnicos, inserindo-se em uma perspectiva de justiça social e igualdade material. A articulação entre os direitos assegurados pela Convenção e o campo emergente da governança algorítmica impõe ao Estado o dever de fiscalizar, auditar e corrigir tecnologias que resultem em discriminação direta ou indireta, assim como desenvolver políticas públicas e marcos regulatórios que garantam a representatividade, a equidade e a transparência dos modelos utilizados. Isso significa, entre outras medidas, assegurar a participação de grupos racializados nos processos decisórios sobre IA, fomentar pesquisas interdisciplinares e promover ações afirmativas no setor tecnológico.

Entretanto, o risco de uma “regulação simbólica”, ou seja, normas bem-intencionadas, porém desprovidas de eficácia prática ou de mecanismos de controle institucional efetivo, é concreto. Normas bem-intencionadas, mas desprovidas de mecanismos efetivos de fiscalização, *accountability* e participação social, podem funcionar como escudos institucionais para a manutenção do status quo. Como destaca Buolamwini (2018), “a auditabilidade de um sistema não é garantia de sua justiça; é apenas o primeiro passo para se perguntar quem constrói, para quem serve e quem é excluído”. Nesse sentido, a ausência de diversidade epistêmica na produção tecnológica, bem como a exclusão de grupos sub-representados dos processos de decisão sobre o uso da IA, limitam a capacidade de transformação real dos marcos regulatórios.

É nesse ponto que emerge o papel estratégico do Ministério Público. Como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais, cabe à instituição atuar não apenas como fiscal da legalidade no uso da IA, mas como agente ativo na construção de uma governança algorítmica comprometida com os princípios constitucionais. Isso inclui: (i) o controle da legalidade na aquisição

e implementação de sistemas automatizados; (ii) a atuação proativa na prevenção da discriminação algorítmica; (iii) o incentivo à participação popular em processos de consulta e avaliação de impacto tecnológico; e (iv) a proposição de medidas legislativas e administrativas para o aperfeiçoamento da regulação.

Além disso, é necessário reconhecer que a regulação da IA não pode ser reduzida à parametrização técnica de modelos matemáticos. Ela deve funcionar como instrumento de redistribuição de poder, principalmente entre instituições, saberes e populações, garantindo que os impactos sociais das decisões automatizadas sejam visíveis, reversíveis e contestáveis. Isso implica, por exemplo, o direito à explicação, à revisão humana de decisões automatizadas, à proteção contra discriminações indiretas e à justiça de dados. Trata-se de um campo em que as fronteiras entre o jurídico, o técnico e o político se entrelaçam, exigindo abordagens interdisciplinares e comprometidas com os direitos humanos.

Portanto, embora a Resolução CNJ nº 615/2025 represente um marco importante, sua eficácia depende da articulação entre regulação normativa, transformação institucional e participação democrática. Sem essas dimensões, qualquer projeto de modernização tecnológica no campo penal corre o risco de reforçar desigualdades sob o disfarce da inovação. A regulação da inteligência artificial, nesse sentido, não é apenas um problema técnico: é uma questão de justiça.

5. CONCLUSÃO

A incorporação de tecnologias baseadas em inteligência artificial ao sistema de justiça criminal brasileiro impõe desafios que ultrapassam os limites da eficiência técnica ou da inovação institucional. Como se buscou demonstrar ao longo deste artigo, os riscos associados à aplicação acrítica de sistemas algorítmicos em um contexto historicamente marcado por desigualdades raciais estruturais não residem apenas em falhas técnicas, mas na própria lógica de reprodução de exclusões que caracteriza o sistema penal brasileiro desde sua formação.

O exame das raízes históricas do racismo institucional e da seletividade penal revelou que o sistema de justiça foi, e ainda é, construído sobre bases discriminatórias, cuja herança se atualiza por meio da criminalização da pobreza, da violência de Estado e do encarceramento em massa da população negra. Nesse cenário, os algoritmos, longe de representarem neutralidade, tendem a amplificar padrões estatísticos forjados por práticas racistas, misóginas e classistas, transformando desigualdades históricas em decisões automatizadas de difícil contestação.

A análise dos principais sistemas algorítmicos aplicados à justiça criminal, bem como dos marcos regulatórios internacionais e nacionais, como o Artificial Intelligence Act europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e a Resolução CNJ nº 615/2025, indica que os mecanismos de controle e prevenção de danos, embora relevantes, ainda são insuficientes diante da opacidade, da assimetria de poder e da ausência de diversidade epistêmica que marcam o campo da inteligência artificial.

Diante desse panorama, é fundamental que a regulação da IA seja compreendida como uma prática de redistribuição de poder e garantia de justiça material, e não apenas como adequação técnica aos marcos legais vigentes. Isso exige, por um lado, a participação ativa de grupos historicamente marginalizados na formulação, monitoramento e revisão das tecnologias utilizadas pelo Estado. Por outro lado, demanda o fortalecimento institucional de órgãos como o Ministério Público, cuja missão constitucional impõe o dever de fiscalizar, propor e induzir políticas públicas que assegurem a igualdade racial, proteção de dados pessoais e respeito aos direitos fundamentais no ambiente digital.

Nesse contexto, é necessário avançar na formulação de mecanismos técnicos e normativos que não apenas previnam a discriminação, mas promovam a equidade ativa no uso de sistemas algorítmicos. Entre tais estratégias, destaca-se o debate sobre a adoção de “cotas raciais algorítmicas”, modelos de compensação estatística que ajustam a influência de variáveis raciais nos resultados produzidos por sistemas de IA, como forma de corrigir padrões históricos de sub-representação ou discriminação.

Além disso, a utilização de dados sintéticos racialmente balanceados no treinamento de algoritmos pode representar uma medida técnica eficaz para reduzir distorções preexistentes nas bases reais, especialmente quando estas refletem contextos marcados por desigualdade estrutural. Como propõe Anupam Chander (2021), proteger grupos vulneráveis da lógica discriminatória algorítmica exige ir além da neutralidade formal do código e adotar princípios substantivos de justiça, com ênfase na responsabilidade institucional, no redesenho dos sistemas e na correção ativa dos desequilíbrios históricos.

Conclui-se, portanto, que a adoção de tecnologias de inteligência artificial no sistema de justiça criminal só será legítima e compatível com o Estado Democrático de Direito se estiver subordinada a critérios rigorosos de controle público, governança, justiça social e responsabilidade institucional. Mais do que projetar algoritmos eficientes, o desafio contemporâneo é garantir que a justiça, em seu sentido pleno, não seja programada para excluir, punir ou silenciar, mas para proteger, reparar e emancipar.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. 2. ed. São Paulo: Pólen, 2019.
- ANGWIN, Julia et al. Machine bias. *ProPublica*, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 9 jun. 2025.
- BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen, 2021.
- BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. In: *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, 2018. p. 77–91.
- CHANDER, Anupam. *The Equal Protection of Algorithms*. *Fordham Law Review*, v. 89, n. 2, p. 439–467, 2021. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol89/iss2/4>. Acesso em: 9 de jun. 2025.
- CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n.º 615, de 22 de abril de 2025*. Estabelece diretrizes e normas para o uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus>.

br. Acesso em: 9 jun. 2025.

EUROPEAN COMMISSION. *Artificial Intelligence Act*. Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence. Bruxelas, 2024.

GILLESPIE, Tarleton. Governance of and by platforms. In: BURGESS, Jean; MARWICK, Alice; POEL, Thomas (ed.). *The SAGE Handbook of Social Media*. London: SAGE, 2017. p. 254–278.

GOMES, Laurentino. *Escravidão: Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. v. 1. São Paulo: Globo Livros, 2019.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HARARI, Yuval Noah. *Nexus: o mundo em rede*. São Paulo: Companhia das Letras, 2023.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEI n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 15 ago. 2018.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*. New York: NYU Press, 2018.

O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Natalie Gerhardt. São Paulo: Rua do Sabão, 2020.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

REIS, João José. *A morte é uma festa: ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

RIOS, Flávia (org.). *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos de Lélia Gonzalez*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

_____. DECRETO n.º 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2024*. São Paulo: FBSP, 2024. Disponível em <https://forumseguranca.org.br>. Acesso em: 9 jun. 2025.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – A (IM) PRESCINDIBILIDADE DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA DO ACUSADO PARA A SUA CELEBRAÇÃO

NON-PERSECUTION CRIMINAL AGREEMENT – THE (IN)DISPENSABILITY OF THE ACCUSED’S FORMAL AND DETAILED CONFESSION FOR ITS CELEBRATION

FELIPE AQUINO PAZ SACCENTI

Servidor Público Estadual – Ministério Público de Mato Grosso do Sul (2018). Advogado Licenciado (2018). Especialista em Direito Penal e Processo Penal: Corrupção, Crime Organizado e Democracia pelo Centro Universitário Unigran Capital (2024)

RESUMO: Positivado no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) visa ampliar a justiça negocial no direito brasileiro para infrações de médio potencial ofensivo. Contudo, o requisito da confissão formal para a sua celebração provocou intenso debate na comunidade jurídica, especialmente pelo princípio da não autoincriminação. Este artigo analisa as soluções negociais no direito brasileiro, destacando que o ANPP, ao se tornar lei, transformou-se em medida despenalizante. Por fim, defende-se que a confissão formal é imprescindível, dada a natureza negocial e voluntária, para garantir a legitimidade e eficácia do acordo.

Palavras-chave: justiça negocial; acordo de não persecução penal; confissão.

ABSTRACT: *Codified in the Criminal Procedure Code by Act nº 13.964/2019, the Non-Prosecution Criminal Agreement (NPCA) aims to broaden the negotiated justice in Brazilian law for offenses of medium offensive potential. However, the requirement for a formal confession for its celebration sparked intense debate within the legal community, mainly concerning the principle of non-self-incrimination. This article examines negotiated solutions in Brazilian law, highlighting that the NPCA, upon becoming law, transformed into a dpenalizing measure. Fonally, it argues that formal confession is essential, given its negotiated and voluntary nature, to ensure the legitimacy and effectiveness of the agreement.*

Keywords: *negotiated justice; non-prosecution criminal agreement; confession.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Justiça Penal no Brasil. 2. Justiça Penal Negocial. 2.1. Justiça Restaurativa. 2.2. Transação Penal. 2.3. Suspensão Condicional do Processo. 2.4. Acordos de Colaboração Premiada. 3. Acordo de Não Persecução Penal. 4. A Confissão Formal e Circunstanciada do Acusado como Requisito para o Oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal. 4.1. Argumentos Favoráveis. 4.2. Argumentos Desfavoráveis. 4.3. Acordo de Não Persecução Penal e os Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em setembro de 2017, publicou a Resolução nº 181, posteriormente alterada pela Resolução CNMP nº 183/2018, com o objetivo de regulamentar, *interna corporis*, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. A resolução veio como uma resposta positiva ao alerta dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na direção de que esse método de investigação deveria se regular pelo cumprimento aos direitos legalmente reconhecidos às pessoas sob investigação, seus patronos e às eventuais vítimas das infrações penais apuradas.

A constitucionalidade do seu Art. 18, que implementava o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como política criminal institucional, foi discutida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nos 5790 e 5793, propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

No entanto, com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), o ANPP foi positivado no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), dando fim às discussões quanto à sua constitucionalidade.

O ANPP foi inserido no sistema de justiça brasileiro como mais uma ferramenta para a realização da justiça negocial, como fomento ao uso de meios consensuais de solução de conflitos, haja vista a inefetividade do sistema de justiça tradicional e das políticas criminais defasadas.

Entre os requisitos objetivos para a formalização do acordo, o legislador previu que o acusado deve confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. Tal confissão vem sendo objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, principalmente quanto à sua característica negocial e voluntária em contraste com o princípio da não autoincriminação (5º, LXIII, da CF), também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, e à efetividade em si da confissão em fase pré-processual, não sujeita ao Art. 155, do CPP (contraditório).

Com efeito, a confissão para a celebração do ANPP tem por finalidade assegurar uma filtragem dos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, a fim de evitar a celebração prematura de acordos carentes de provas que indiquem a efetiva participação do acusado na infração penal e para fortalecer a confiança (inerente ao instrumento) de que será de fato cumprido.

O delineamento metodológico foi desenvolvido a partir de estudos em doutrinas, artigos científicos, leis e entendimentos jurisprudenciais atualizados, tendo como natureza o modelo teórico-descritivo.

Com o intuito de descortinar a problemática que circunda a confissão formal e circunstanciada do ANPP, mas sem a intenção de exauri-la, contextualizar-se-á este estudo com um panorama da justiça negocial no Brasil, as suas principais modalidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro para, então, adentrar ao tema do ANPP, seus objetivos e requisitos, e, finalmente, a confissão, com argumentos favoráveis e desfavoráveis e os entendimentos divergentes das Cortes Superiores.

1. JUSTIÇA PENAL NO BRASIL

A Constituição da República, em seu artigo 37, caput, prevê expressamente o princípio da legalidade como um dos norteadores da administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ademais, quando afirma a titularidade da ação penal pública, outorga-a ao Ministério Público (Art. 129, I), estabelecendo a missão institucional de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Art. 127).

O Código Penal (Brasil, 1940) e o Código de Processo Penal (Brasil, 1941) trazem preceitos que reafirmam a titularidade da ação penal do Ministério Público, não necessariamente resultando no conceito de obrigatoriedade da ação penal.

Quando se diz que a obrigatoriedade da ação penal se apresenta como meio de assegurar que a resposta punitiva do Estado se realize de modo hábil a concretizar o efeito intimidatório da resposta penal, ao mesmo tempo, entende-se que a oportunidade retiraria tal eficácia, pois contribuiria para a incerteza de sua aplicação. Jorge Alberto Romeiro destaca que a oportunidade da ação penal implica substituir a vontade do legislador pela opinião do Ministério Público e, dado que a atuação deriva de opinião pessoal passível de erro, os fins de defesa social da lei penal podem restar frustrados (1978, p. 93).

A obrigatoriedade da ação penal no pensamento jurídico brasileiro, quando relacionada ao funcionamento do sistema de justiça criminal, afigura-se dissociada da realidade das instituições e, inclusive, da expectativa existente sobre o funcionamento do próprio sistema de justiça criminal. Ao esperar que todos os fatos criminosos noticiados que cheguem às instâncias de investigação e judicialização das acusações sejam deduzidos perante o Judiciário, na gestão de escassez de recursos, tal obrigatoriedade se presta como um obstáculo à pretensão de efetividade da resposta penal.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerando as diversas variáveis do processo judicial, o tempo médio entre o início do processo e o primeiro julgamento é de 894 dias¹ (Estatísticas do Poder Judiciário, dados até 19/05/2025).

Em questão de quantitativos, os processos criminais pendentes atingem a quantia de aproximadamente 6,7 milhões de ações em abril de 2025² (Estatísticas do Poder Judiciário, dados até 19/05/2025).

Como se vê, o direito penal processual brasileiro, aliado ao equivocado dogma da obrigatoriedade da ação penal, é amparado em um modelo punitivo que visa à repreensão do ato delitivo a partir de uma pena imposta ao acusado que descumpriu determinado dispositivo normativo, com a ideia de prevenir que novos atos semelhantes sejam praticados contra a sociedade. No entanto, tal modelo encontra-se obsoleto e arcaico, visto que simplesmente privar a liberdade

1] Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em 10 nov. 2023.

2] Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em 10 nov. 2023.

do infrator é uma alternativa ultrapassada, que não desestimula a reincidência e tampouco evita novos delitos (Leite, 2013).

Tal modelo provou-se ineficiente no decorrer do tempo, do ponto de vista de política criminal, haja vista a realidade que o País enfrenta atualmente, tais como segurança pública ineficiente, sistema prisional com reconhecido estado de coisas inconstitucional (ADPF 347, STF) e repleto de internos multireincidentes e multicondenados.

2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

A justiça penal negocial, com o escopo de reparar possíveis danos causados à vítima e à sociedade, aliada à aplicação de medidas diversas da privação de liberdade, tem o propósito de desburocratizar e desafogar o sistema judiciário, trazendo reflexos positivos para a celeridade estatal e para a sociedade.

Nesse cenário, a busca por meios alternativos para resolver questões penais, que reconheçam a importância de ampliar as áreas de consenso para além do tradicional espaço de confronto, caracterizado pela rigidez dos processos preestabelecidos e pela extensa apresentação de provas em juízo, tem surgido como uma alternativa para lidar com a crise presente no sistema de justiça criminal do Brasil.

Tal possibilidade, inclusive, encontra-se presente nas Regras de Tóquio, cujo objetivo é a consolidação de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade. Dentre eles, destaca-se a Regra 2.5, que dispõe que se deve considerar o tratamento dos infratores na comunidade, evitando-se o máximo possível recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal, de acordo com as garantias legais e as regras de direito. Assim, ao tratar das medidas que podem ser adotadas na fase pré-processual, a Regra 5.1 determina que a Polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial (Brasil, 2016).

Por sua vez, a Regra 3.4. assevera a necessidade do consentimento do infrator para as medidas não privativas de liberdade que impliquem obrigação ao infrator e que sejam aplicadas antes ou durante o processo. Já a Regra 3.5 trata da previsão de controle judicial ao estipular que as decisões relativas à aplicação de medidas alternativas deverão ser submetidas ao exame da autoridade judiciária ou qualquer outra competente, a pedido do infrator.

Além disso, dentro do conjunto de Normas e Princípios Sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, as Nações Unidas discutem a eficácia da gestão na área da justiça criminal. Ao abordar diretamente as diretrizes sobre as responsabilidades dos membros do Ministério Público acerca das opções alternativas à abertura de um processo, dispõem:

“18. De acordo com a lei nacional, os promotores devem dar a devida consideração à desistência de processos, descontinuando

procedimentos condicional ou incondicionalmente, ou desviando casos do sistema de justiça formal, com total respeito pelos direitos do(s) suspeito(s) e da(s) vítima(s). Para esse fim, os Estados devem explorar totalmente a possibilidade de adotar planos alternativos, não apenas para aliviar o peso excessivo sobre os tribunais, mas também para evitar a estigmatização da detenção pré-julgamento, indiciamento e condenação, e também os possíveis efeitos adversos do encarceramento” (Brasil, 2009).

Inspirados por esse cenário de crescente estímulo à adoção de ferramentas consensuais como forma de solução alternativa de conflitos penais, vários Estados, inclusive latino-americanos, iniciaram a incorporação, em seus sistemas, de diversas formas de negociação por meio das quais a acusação e o acusado podem chegar a um consenso a fim de evitar, ou ao menos encurtar, a persecução penal em juízo.

No ordenamento jurídico brasileiro, as primeiras evidências da justiça penal negocial foram implementadas pela Lei nº 9.099/1995, que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trazendo os institutos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Além destes, existem outras formas modernas de não judicialização de causas penais mediante a substituição do conflito pelo consenso. Dentre elas estão as práticas de justiça restaurativa e as convenções de não-persecução penal, as quais se dividem em duas espécies:

“Acordos judiciais de não-persecução penal com delação de terceiros, de que são exemplos os acordos de colaboração premiada para postergação do oferecimento da denúncia, que guardam similitude com os *deferred prosecution agreements* (DPA), e os acordos de colaboração premiada para não-persecução (imunidade), que se assemelham, em certos pontos, aos *non-prosecution agreements* (NPA), do direito comparado; e

Os acordos de não persecução penal de simples confissão, de cunho extrajudicial, objeto do art. 18 da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, com a redação que lhe foi dada pela Resolução n. 183/2018” (Aras, 2020).

2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa representa uma abordagem dinâmica na resolução de conflitos criminais. Seu foco é permitir a participação abrangente dos envolvidos, direta e indiretamente, no conflito, buscando incorporar a perspectiva do ofensor na equação para responsabilizá-lo e reparar o dano causado à vítima. Apesar de seguir esses princípios, a Justiça Restaurativa engloba uma variedade de práticas, tornando-se um modelo abrangente e flexível. Entre as mais frequentes estão os Círculos de Paz, Círculos Restaurativos, Mediação Vítima-Ofensor, Conferências e, mais recentemente, as Constelações Sistêmicas.

Nos termos do Art. 13 da Resolução CNMP n. 118, de 1º de dezembro de 2014, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, as práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre seu autor e a vítima, com fins de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

2.2 TRANSAÇÃO PENAL

Disciplinada nos artigos 72 e seguintes da Lei nº 9.099/1995, restrita às infrações penais de menor potencial ofensivo, a transação penal é um acordo celebrado entre o titular da ação penal e o autor do delito, oportunidade em que será proposta a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, compreendendo-se em pena restritiva de direitos ou de multa, com o fim de se evitar o oferecimento da ação penal. As condições a serem estabelecidas dependem, essencialmente, da negociação realizada entre as partes, e que serão, posteriormente, submetidas à apreciação do juízo.

Para a propositura da transação penal, é indispensável que o autor do fato delituoso cumpra os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76 da referida lei. O autor da infração não pode ter sido condenado à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, pela prática de crime e ter sido beneficiado, nos cinco anos anteriores, por outro acordo de transação penal. São analisados, também, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias da conduta delituosa, para avaliar se a proposta será necessária e suficiente.

2.3 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Diferentemente da transação penal e da composição civil dos danos, que se limitam aos delitos de menor potencial ofensivo, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, possui aplicação mais abrangente, podendo ser proposta nos casos de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei dos Juizados Especiais, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41 da Lei nº 11.340/2006) e contra a criança e o adolescente (art. 226, § 1º da Lei nº 8.069/1990, alterada pela Lei nº 14.344/2022).

Para o oferecimento da suspensão condicional do processo, o acusado não pode estar sendo processado nem ter sido condenado por outro crime, além de exigir que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do CP. Obedecidos os requisitos legais, a propositura da suspensão condicional do processo poderá ser formulada pelo Ministério Público concomitante ao oferecimento da denúncia, tanto nos procedimentos ordinários quanto nos sumários ou sumaríssimos, sendo, neste último, cabível somente se não houver sido realizado o acordo de transação penal (Suxberger, 2021).

A proposição da suspensão condicional do processo será submetida à análise do acusado e do seu defensor. O aceite da benesse constitui ato irretratável, salvo se comprovado vício em seu consentimento, devendo, portanto, a declaração de vontade ser personalíssima, voluntária, formal, vinculada aos termos propostos, tecnicamente assistida e absoluta.

Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente, sem que haja qualquer possibilidade de sentença condenatória.

2.4 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada se concretiza como meio de obtenção de prova, mas, mesmo assim, se coaduna com a temática consensual. Acerca do aspecto negocial, o acordo de delação é delineado entre o delegado de polícia e o investigado, com a necessária manifestação do Ministério Público ou, conforme o caso, pode ocorrer na negociação direta entre o órgão ministerial e o potencial delator, sendo este último devidamente assistido por defensor em ambas as hipóteses (Art. 4º, § 6º, da Lei nº. 12.850/2013).

Outra característica do procedimento na delação premiada é que o juiz não se envolve nas negociações e se reserva à função de “garantidor da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais do acusado por meio do controle acerca da homologação da colaboração” (Vasconcelos, 2018).

A voluntariedade é um aspecto crucial quando se trata de colaboração premiada, sendo um requisito legal fundamental para validar o acordo. Há doutrina que argumenta que a homologação de acordos de colaboração envolvendo acusados ou investigados presos é incompatível com essa voluntariedade. Isso se baseia no entendimento de que a prisão não deve ser necessariamente vista como uma forma de coação, já que a ação voluntária nem sempre é espontânea.

O acordo de delação premiada tem como vantagens a redução de pena ou a concessão de perdão judicial, além de imunidade ou ajustes processuais para a suspensão do prazo do oferecimento da denúncia (Art. 4º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.850/2013).

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ANPP, atualmente regulamentado pela Lei nº 13.964/2019, em linhas gerais, advém do compromisso, em procedimentos que apurem crimes de média gravidade (com pena mínima inferior a quatro anos – Art. 28-A, caput, do CPP), entre o acusado e o Ministério Público, em que são pactuadas obrigações (e não penas), com a necessária homologação em juízo (Art. 28-A, §§ 4º a 8º, do CPP).

Cumprido integralmente o acordo, o juiz decretará a extinção da punibilidade do agente (art. 28-A, § 13º, do CPP). Em sentido diverso, descumprido injustificadamente, o Ministério Público comunicará ao juízo, para fins de rescisão e posterior oferecimento da denúncia (Art. 28-A, § 10, do CPP), podendo, o descumprimento, ser utilizado pelo *Parquet* para eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo (Art. 28-A, § 11, do CPP).

Acerca dos requisitos para propositura do ANPP, podem-se extrair dois tipos: objetivos e subjetivos. Quanto aos requisitos objetivos, tem-se que a prática da infração penal deve ter sido cometida sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos e não ter sido praticada no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões de condição de sexo feminino; ter o acusado confessado formal e circunstancialmente; e não ser cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Dos requisitos subjetivos, tem-se que o instrumento deva ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito; não se tratar de agente reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; o agente não ter sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Nesse ponto, destaca-se que a exigência da confissão formal e circunstanciada como condição para as tratativas do ANPP tem encontrado forte resistência da comunidade jurídica, com argumentos lógicos e coerentes, que serão tratados no próximo capítulo.

4. A CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA DO ACUSADO COMO REQUISITO PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente, pertinente fixar os conceitos de formal e circunstancial que o legislador quis transmitir quando fez constar a exigência de confissão do acusado para a propositura do ajuste.

Em percuente análise do embrião da Lei nº 13.964/2019, extrai-se do Projeto de Lei nº 10.372/218, especificamente de seu Art. 2º, que trata da inclusão do Art. 28-A, no CPP, o legislador fez constar que a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo deveriam ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deveria estar sempre acompanhado de seu defensor.

Assim, entende-se por “formal” que o objetivo do legislador era evitar que a confissão fosse realizada de forma oral, sem qualquer registro, e, possivelmente, violadora de direitos e garantias do acusado; e, como “circunstancial”, aquela que apresenta detalhes dos fatos, de forma coerente e lógica, compatíveis com as demais provas colhidas no procedimento.

Ademais, uma confissão pode surgir sem qualquer estímulo de agentes públicos. O acusado possui a ampla liberdade de admitir a autoria do fato criminoso, devolver a propriedade subtraída, sujeitar-se a exames forenses e reparar o dano, sem que haja qualquer violação a garantias processuais ou judiciais.

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Não se pode olvidar que o Acordo de Não Persecução Penal, como o próprio nome diz, é um acordo, procedimento que tem como condição a livre vontade das

partes. Assim, o investigado não é obrigado a conversar sobre os fatos e confessá-los, tendo em vista o princípio da não autoincriminação forçada, ou da inexistência da autoincriminação, que advém do direito ao silêncio, previsto no Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Assim, o ANPP é realizado apenas na hipótese de confissão ou autoincriminação voluntária, de forma que nenhuma coação seja imposta ao acusado.

Nesse sentido, Souza e Dower apontam que:

“Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas indicam ter sido a autora da infração penal. A confissão produz, deste modo, dois efeitos práticos: impede que um acordo de não persecução seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou convirjam para sua participação no delito. Além disso, a confissão produz, no confitente, um novo *mindset* com efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que, para corrigir um erro, é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral do acordo de não persecução” (Souza e Dower, 2020).

Brandalise (2016) assevera que a confissão do acusado, por si só, não possui a capacidade de ensejar uma condenação antecipada com uma pena menor, uma vez que permanece ao juiz o dever da busca pela verdade material. Assim, o acordo possui a finalidade de encurtar o processo, mas não de encerrá-lo. Vasconcellos e Moeller (2016) destacam que deve ser analisada a veracidade da confissão e, se houver dúvida, o acordo deverá ser rejeitado pelo juiz. Caso o acordo não seja aceito ou finalizado, a confissão do acusado não poderá ser utilizada contra ele.

Na mesma direção, Rodrigo Cabral (2020) justifica a constitucionalidade desse requisito, afirmando que se destina à formação e ao robustecimento da *opinio delicti*, ao fortalecimento da justa causa necessária para embasar o acordo, garantindo que “não se está a praticar uma injustiça contra um inocente”. De igual forma, Fábio Guaragni (2020) afirma que a confissão circunstanciada é necessária para se obter o devido esclarecimento do caso penal e viabilizar a resolução antecipada do processo, constituindo uma lícita contrapartida exigida do investigado/sujeito ativo do delito.

A confissão não configura uma irregularidade ou inconstitucionalidade processual, uma vez que não foi obtida de maneira clandestina ou coercitiva, desrespeitando as normas constitucionais. Na realidade, no contexto do acordo, o investigado renuncia ao direito ao silêncio com o objetivo de evitar o prosseguimento da ação penal.

Como resultado, o investigado poderá renunciar ao direito ao silêncio para evitar um processo judicial extenso e o desgaste de uma instrução criminal imprevisível. É crucial ressaltar, no entanto, que é proibido que o investigado seja

submetido a coerção ou ameaças para produzir provas contra si mesmo.

Isto posto, pode-se concluir que o ANPP visa a implementação de abordagens mais eficientes na aplicação da norma jurídica. A confissão, nesse contexto, não se destina a atribuir culpa ao investigado, mas trata-se de um negócio jurídico pré-processual, extrajudicial, envolvendo medidas negociadas entre o Ministério Público e o acusado. O objetivo principal é promover a celeridade processual, uma vez que o sistema jurídico brasileiro demanda uma abordagem mais eficaz e restaurativa, visando garantir a ordem pública e alterando a abordagem punitiva tradicional para uma justiça mais negociada.

Assim, argumenta-se que não ocorre violação de direitos constitucionais no ato da confissão para a proposição do acordo. Isso se justifica pelo fato de que o investigado renuncia ao direito ao silêncio em busca de uma alternativa mais favorável a si mesmo. Portanto, o requisito da confissão formal e circunstanciada para a propositura do ANPP é percebido como um mero procedimento processual, não implicando violação de direitos constitucionais.

4.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

Acerca da prescindibilidade da confissão formal do acusado para a celebração do ANPP, há quem entenda que, conforme o disposto no art. 5º, LXIII, da CF/88, emana o direito da não autoincriminação (princípio do *nemo tenetur se detegere*). De igual forma, o mesmo princípio encontra-se previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8º, 2, g, (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, recepcionada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Nesse sentido, alguns doutrinadores acreditam que a confissão realizada para celebração do ANPP, perante o Ministério Público, não possui valor probatório, ainda que espontânea, visto que realizada em fase pré-processual, ou seja, não sujeita ao contraditório judicial previsto no Art. 155 do Código de Processo Penal, servindo, tão somente, como mero indício de autoria.

Na mesma linha, Rogério Sanches Cunha expõe que:

“Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.” (Cunha, 2020).

Numa vertente mais direta, Nucci (2020) assevera que a confissão na forma do art. 28-A do CPP é inconstitucional, visto que demanda uma condição do investigado, caracterizando uma admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Seria inconstitucional porque, após a confissão, se o acordo não for adimplido, poderia o Ministério Público denunciar o acusado, utilizando-se da admissão da culpa, ocasionando somente danos ao confitente.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento do Habeas Corpus

nº 756.907, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, absolveu o paciente condenado com fundamento exclusivamente nos elementos produzidos na fase extrajudicial (Inquérito Policial e Acordo de Não Persecução Penal). Os elementos de prova não foram submetidos ao contraditório judicial, reconhecendo-se, portanto, a insuficiência probatória das provas. Veja:

“[...] 4. Se a sentença condenou o paciente por falsidade ideológica e reconheceu a autoria delitiva exclusivamente com lastro em elementos produzidos na fase extrajudicial (depoimentos prestados durante o inquérito policial e ao promotor de Justiça, além de confissão do celebrante de ANPP), não reproduzidos durante a instrução criminal e não submetidos ao devido contraditório, é de rigor reconhecer a insuficiência do standard probatório que autorizaria a condenação. 5. Demonstrada a ofensa ao art. 155 do CPP, impõe-se a absolvição do paciente nos termos do art. 386, VII, do CPP. [...]” (STJ, Habeas Corpus n.º 756.907/SP, relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, DJ 13/9/2022.) (Brasil, 2022)

Parte da doutrina sustenta que o requisito da confissão viola a garantia da não autoincriminação forçada, “materializada no artigo 5º, LXIII, da CF e prevista na CADH (artigo 8º, § 2º, g)”, pois o “acusado não pode ser obrigado a autoincriminar-se e produzir, direta ou indiretamente, provas que levem à sua culpabilidade”, já que se está numa fase pré-processual, em que a denúncia não foi oferecida e não há chance de contraditório (Masi, 2020). Essa perspectiva sustenta que o investigado é vetado de exercer o direito ao silêncio, sendo exigido se autoincriminar, uma vez que é compelido a confessar para ser elegível ao acordo.

Destaca-se que Nucci considera facultativa a figura da confissão, mesmo prevista como um requisito obrigatório do pacto: “não compensando ao agente, é melhor não confessar (o que para nós é facultativo) e não realizar o acordo de não persecução penal” (NUCCI, 2020, p. 384).

Isto posto, partindo da premissa, potencialmente equivocada, de que outros instrumentos negociais previstos na legislação brasileira não demandam a confissão como requisito obrigatório, sendo eles a transação penal e a suspensão condicional do processo, requerendo apenas a concordância das obrigações propostas pela acusação, alguns doutrinadores entendem que a confissão não pode ser requisito obrigatório do ANPP (Castro & Meira, 2021).

4.3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os Tribunais Superiores, cada um exercendo suas funções constitucionais, vêm enfrentando o tema do ANPP há um certo tempo, mais recentemente acerca das Resoluções nºs 181/2017 e 183/2018, ambas do CNMP, como já dito anteriormente. Contudo, o tema ainda é objeto de discussão e pluralidade argumentativa, não tendo unanimidade nem entre os próprios pares.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o instituto foi discutido no

bojo do *Habeas Corpus* n. 185.913-DF, no qual foram definidas as seguintes teses:

“1. Compete ao membro do Ministério Público oficiante, motivadamente e no exercício do seu poder-dever, avaliar o preenchimento dos requisitos para negociação e celebração do ANPP, sem prejuízo do regular exercício dos controles jurisdicional e interno; 2. É cabível a celebração de Acordo de Não Persecução Penal em casos de processos em andamento quando da entrada em vigência da Lei nº 13.964, de 2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, desde que o pedido tenha sido feito antes do trânsito em julgado; 3. Nos processos penais em andamento na data da proclamação do resultado deste julgamento, nos quais, em tese, seja cabível a negociação de ANPP, se este ainda não foi oferecido ou não houve motivação para o seu não oferecimento, o Ministério Público, agindo de ofício, a pedido da defesa ou mediante provocação do magistrado da causa, deverá, na primeira oportunidade em que falar nos autos, após a publicação da ata deste julgamento, manifestar-se motivadamente acerca do cabimento ou não do acordo; 4. Nas investigações ou ações penais iniciadas a partir da proclamação do resultado deste julgamento, a proposição de ANPP pelo Ministério Público, ou a motivação para o seu não oferecimento, devem ser apresentadas antes do recebimento da denúncia, ressalvada a possibilidade de propositura, pelo órgão ministerial, no curso da ação penal, se for o caso. Por fim, o Tribunal definiu que este julgamento não afeta, em nenhuma medida, as decisões já proferidas e, ainda, que a deliberação sobre o cabimento, ou não, do ANPP deverá ocorrer na instância em que o processo se encontrar. Tudo nos termos do voto do Relator” (HC 185913, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18-09-2024, processo eletrônico DJE-s/n divulgado em 18/11/2024, publicado em 19/11/2024).

Já no STJ, a 3ª Sessão, ao julgar o REsp nº 2161548/BA, sob o rito do Recurso Repetitivo (Tema 1303), fixou a seguinte tese:

“1. A confissão pelo investigado na fase de inquérito policial não constitui exigência do art. 28-A do Código de Processo Penal para o cabimento de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), sendo inválida a negativa de formulação da respectiva proposta baseada em sua ausência. 2. A formalização da confissão para fins do ANPP pode se dar no momento da assinatura do acordo, perante o próprio órgão ministerial, após a ciência, avaliação e aceitação da proposta pelo beneficiado, devidamente assistido por defesa técnica, dado o caráter negocial do instituto”. (REsp n. 2.161.548/BA, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Terceira Seção, julgado em 12/3/2025, DJEN de 25/3/2025.)

CONCLUSÃO

O Acordo de Não Persecução Penal é instituto que representa uma forma de solução negociada no âmbito penal. Contudo, observa-se que a sua aplicação não tem como objetivo fortalecer a investigação ou aprimorar o sistema persecutório com uma abordagem repressiva. Ele se configura como uma alternativa à judicialização dos casos penais.

Assim sendo, não há dúvidas de que o Acordo de Não Persecução Penal traz vantagens para as partes envolvidas. De um lado, o Estado, que conseguirá apresentar uma resposta célere e eficaz para a sociedade e para a vítima da infração penal, desburocratizando e desafiando o atual sistema criminal brasileiro.

De outro, para o confitente, que assumirá os atos praticados e evitará um processo judicial extenso e desgastante, sem esquecer do potencial efeito psíquico de arrependimento, apto a resultar numa mudança de atitude e comportamento.

Não se pode olvidar que o cerne da problemática apresentada se consubstancia na questionável exigência da confissão para se celebrar esse tipo de pacto, requisito que se mostra, de certo modo, desnecessário (considerando o seu caráter retratável – no caso de descumprimento do acordo e consequente continuidade da persecução penal) e ainda perpassa pelas garantias constitucionais do acusado.

Contudo, havendo confissão livre e consciente, respaldada pela defesa técnica, firmado o acordo e homologado judicialmente, também não há motivos para se desconsiderá-la numa futura ação penal. Nesse sentido, destaca-se o Enunciado nº 27, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos MPs dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), em 2020: “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.

Ainda, é necessário compreender que a validade probatória da confissão no ANPP é equivalente àquela realizada perante a autoridade policial (fase pré-processual). Especialmente quando apresentada em juízo, de modo algum será suficiente para corroborar uma sentença condenatória, a menos que seja validada por outros elementos de prova, coletados no curso da ação penal, sujeitos ao contraditório (Art. 155 do CPP).

Por fim, em que pese o ambiente de divergências doutrinárias, sobressaem os posicionamentos firmados pelas Cortes Superiores, homenageando o caráter dialogal, negocial e voluntário do Acordo de Não Persecução Penal, sendo, portanto, prudente e adequado entender no sentido da imprescindibilidade da confissão formal e circunstanciada para a sua celebração.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.).

Acordo de não persecução penal. 3.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.291-348.

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

BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). **Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa.** Brasília: AMB, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/01/PCOT_002_2014.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em 11 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018.** Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Congresso Nacional. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 27 de setembro de 1995.** Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022.** Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226

e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: SNJ, 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Número único: 0003027-77.2015.1.00.0000. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790**. Número único: 0011693-96.2017.1.00.0000. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Ministro Cristiano Zanin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793**, Número único: 0011972-82.2017.1.00.0000. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Cristiano Zanin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 35**: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1953#:~:text=A%20S%C3%BAmula%20Vinculante%2035%20consolidou,n%C3%A3o%20produz%20coisa%20julgada%20material>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 696**: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2666#:~:text=A%20esse%20respeito%2C%20a%20S%C3%BAmula,se%20por%20analogia%20o%20art>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP) – versão ampliada e revisada. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal**. 3.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.21-57.

CASTRO, B. G. de, & MEIRA, J. B. (2021). **A Inconstitucionalidade da Confissão como Condição ao Acordo de Não Persecução Penal**. *Virtuajus*, 6(10), 83-94. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.1678-3425.2021v6n10p83-94>. Acesso em 13 nov. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei nº 13.964/19**: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 129-135.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo artigo 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 239-240.

LEITE, R. V. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 267-268.

MASI, Carlo Velho. **Acordo de não persecução penal como ferramenta de político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo**. Revista da Defensoria Pública do Estado do RS, Porto Alegre, ano 11, n. 26, 2020, p. 284.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

SOUZA, Renee do Ó & DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal**. 3.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.143-189.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público**. 1.ed. Brasília: Fundação Escola, 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BATISTELLA, Camila. Soluções negociadas na justiça penal brasileira: expansão, alternativas e perspectivas. In: CAMBI, Eduardo (Org.). **Ministério Público contemporâneo e do futuro**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 161–198.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, n. 147, p. 13-33, set/dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/10638>. Acesso em: 16 nov. 2023.

O PROTESTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO MEIO EFETIVO DE REPARAÇÃO ÀS VÍTIMAS DE CRIMINALIDADE

The protest of conviction as an effective means of reparation
for victims of crime

FERNANDA PROENÇA DE AZAMBUJA BARBOSA
KARINA RIBEIRO DOS SANTOS VEDOATTO

RESUMO

O presente artigo se dedica a refletir sobre a efetividade do direito das vítimas de criminalidade à reparação dos danos causados pela infração penal no Brasil. Nos delitos patrimoniais, é evidente que a vítima sofre prejuízo patrimonial, podendo também restar configurado dano moral quando há emprego de violência contra a pessoa ofendida, como já se reconhece em casos de violência contra a mulher em âmbito doméstico e familiar. Sobrevindo édito condenatório, a reparação de danos materiais e morais pode vir fixada, em valor mínimo, com esteio no art. 387, IV, do CPP, a pedido da acusação. O problema que se coloca é como a vítima pode tornar efetiva essa reparação fixada na sentença penal condenatória. Nesse sentido, o artigo analisa o tratamento dado à reparação na esfera internacional, no sistema regional de direitos humanos e no ordenamento interno e, após, aborda a possibilidade de protesto da sentença criminal condenatória que fixa indenização mínima à vítima, com esteio no art. 517 do CPC, como estratégia eficiente em favor das vítimas criminais para efetivar o direito à reparação. O estudo tem caráter exploratório e descritivo, o método adotado é dedutivo e a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental.

Palavras-chaves: direito à reparação; direito das vítimas; protesto; efetividade.

ABSTRACT

This article is dedicated to reflecting on the effectiveness of the right of crime victims to compensation for damages caused by criminal offenses in Brazil. In property crimes, it is clear that the victim suffers property damage, but moral damage may also result when violence is used against the offended person, as is already recognized in cases of violence against women in the domestic and family context. If a condemnatory sentence prevails, compensation for material and moral damages may be fixed, at a minimum value, based on art. 387, IV, of the CPP, at the request of the prosecution. The problem that arises is how the victim can make this reparation established in the criminal sentence effective. In this sense, the article analyzes the treatment given to reparation at the international level, in the regional human rights system and in the legal system. Internal and, in the end, it addresses the possibility of protesting the criminal conviction that sets minimum compensation for the victim, based on art. 517 of the CPC, as an efficient strategy in favor of criminal victims to realize the right to compensation. The study has an exploratory and descriptive character, the method adopted is deductive and the

research technique is bibliographic and documentary.

Keywords: right to reparation; victims’ rights; protest; effectiveness.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é estruturar uma discussão sobre a possibilidade de se levar a protesto a sentença penal condenatória que fixa, em favor da vítima, valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal.

O estudo tem como ponto de partida o comando inserto no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.719/2008, que determina que, ao proferir sentença condenatória, o juiz “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Antes dessa alteração legislativa, a sentença penal condenatória irrecorrível tornava certa a obrigação de indenizar (art. 91, I, do CP), mas não especificava o valor da reparação, de modo que cabia à vítima ou seus sucessores demandar pedido de liquidação por artigos em face do credor, na forma do art. 475-A do antigo CPC.

A partir da redação dada pela Lei nº 11.719/2008, a sentença condenatória passou a consubstanciar título executivo dotado de liquidez, por estabelecer valor mínimo indenizatório fixado pelo Juiz Criminal, podendo ser executado e liquidado pela vítima, conforme prevê o atual art. 509, § 1º, CPC.

Contudo, na prática forense, a vítima “ganha, mas não leva”, como se diz popularmente. Em regra, o condenado não efetua espontaneamente o pagamento da reparação e, de outro lado, a vítima não costuma promover a execução judicial do *quantum* fixado, seja porque desconhece ou não compreende que possui tal direito, não conta com orientação e assistência jurídica para fazê-lo ou porque, sabendo de antemão que o seu algoz não dispõe de recursos financeiros e que eventual execução será infrutífera, opta por não acionar o Judiciário.

Em razão disso, a indenização mínima fixada em favor da vítima na sentença penal condenatória, embora reflita louvável avanço civilizatório, positivado pelo legislador, acaba atingida pela mácula da inefetividade, não concretizando a desejada satisfação à vítima.

Esse problema é de peculiar importância nos dias atuais, em que se fortalece paulatinamente o protagonismo da vítima penal no âmbito global, reflexo, em certa medida, da incorporação dos direitos humanos e do conceito de dignidade humana ao direito interno contemporâneo.

A relevância do tema também se justifica em razão da constatação de que, no Brasil, a maior parte das ações penais deflagradas na justiça estadual trata de crimes contra o patrimônio, especialmente o delito de roubo, conforme veiculado no Anuário do Ministério Público Brasil 2021/2022.

Para desenvolver esse raciocínio, a primeira parte do artigo trata do direito da vítima à reparação; aborda o tratamento dado ao assunto em documentos internacionais e regionais de direitos humanos e explora as disposições de direito interno que regulam a matéria. Por fim, analisa o instrumento do protesto notarial

e avalia se o protesto do édito condenatório pode constituir alternativa estratégica, célere e não onerosa para conferir efetividade à reparação judicialmente fixada pelo dano material e moral sofrido pela vítima em razão da infração penal.

1. O DIREITO À REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO PENAL

1.1 O DEVER DE REPARAR O DANO

O dever de reparar o dano decorre de ações humanas lesivas a interesse de terceiro e constitui exigência natural da própria vida em sociedade, desde tempos imemoriais. Ao se produzir um dano injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, “como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e para o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado” (Bittar, 2015, p. 20). Esse raciocínio, amplamente difundido em matéria de responsabilidade civil, aplica-se também à seara penal, no que diz respeito aos danos decorrentes da infração penal.

No presente estudo, abdicamos da distinção doutrinária que diferencia as formas de satisfação do lesado, pois o próprio Código de Processo Penal assim o faz, mencionando indistintamente os termos restituição (art. 119 e ss.), ressarcimento (art. 64), reparação (art. 63 e 387, caput, IV) e indenização (art. 630), sem distinção técnica. Adotamos os vocábulos reparação e indenização com a mesma acepção para referir-se a dano material ou moral decorrente da prática de infração penal, optando preferencialmente pela expressão “reparação” por se tratar do vocábulo adotado pelo legislador no art. 387, inciso IV, do CPP.

Dessume-se do referido dispositivo que, ao solucionar a ação penal, decidindo, de forma fundamentada, pela condenação do réu, deve o juiz criminal também zelar pela proteção e eficácia dos direitos fundamentais daqueles que foram vitimados pela infração penal e fazem jus à tutela estatal consagrada na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais.

1.2 A REPARAÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E HUMANITÁRIO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, promoveu o reconhecimento universal dos direitos humanos e impôs aos Estados o dever de protegê-los ao proclamar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (art. 1º), que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º) e que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei (art. 7º).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, também 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.

A preocupação internacional com a proteção das vítimas ganhou força no âmbito europeu, resultando na Recomendação (85) 11, de 28 de junho de

1985, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que tratou da posição da vítima no marco do direito penal e do processo penal focando primordialmente na proteção dos interesses e necessidades da vítima, protegendo-a inclusive dos efeitos deletérios do próprio processo (Santos, 2020, p.160-1) e, ainda, “acentuou a necessidade de os sistemas legislativos dos países membros preverem que os tribunais penais ordenem a reparação do dano e, ainda, que imponham o ressarcimento como condição para a ‘probation’, o ‘sursis’ ou para outra medida importante” (Fernandes, 1995, p. 161).

No âmbito global, foi proclamada, no mesmo ano, a Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada em 29.10.1985 pela Assembleia Geral do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Resolução 40/34), a qual define:

A. Vítimas da criminalidade

1. Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como “vítima”, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo “vítima” inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

De acordo com a mencionada Declaração, a vítima deve ser tratada com compaixão e respeito à sua dignidade, possuindo direito à rápida reparação do prejuízo que tenha sofrido e acesso às instâncias judiciais (art. 4º). Apresenta propostas para a melhoria do aparelho judiciário para a adequada satisfação dos interesses das vítimas (art. 6º), contemplando medidas como o direito de informação quanto à possibilidade de recursos e acompanhamentos dos processos; prestação de assistência ao longo do processo; tomada de medidas para minimizar as dificuldades encontradas pelas vítimas, protegendo sua vida privada e segurança, assim como de sua família, e evitando demoras desnecessárias na resolução das causas que concedam indenização.

Especificamente sobre o tema de estudo, a Declaração estabelece que devem ser criados mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação de maneira rápida, equitativa, de baixo custo e acessível (art. 5º) e que os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo

causado às vítimas (art. 8º).

Posteriormente, sobreveio o Estatuto de Roma (1998), que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), com competência para investigar e processar pessoas que tenham cometido crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão. Ratificado pelo Brasil em 2002, por meio do Decreto 4.388, o Estatuto de Roma do TPI trouxe considerável avanço na materialização das disposições trazidas pela Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça relativos às Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder, elevando a vítima a sujeito de direitos.

Outro documento internacional que merece destaque quanto aos direitos das vítimas é a Resolução 60/147, adotada em 2005 pelas Nações Unidas, que institui Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito das Vítimas de Violações das Normas Internacionais de Direitos Humanos, incluindo o de obter reparações. Essa resolução, também conhecida como Princípios de Van Boven/Bassiouni, além de dispor sobre a obrigação dos Estados em prevenir, investigar e responsabilizar os autores das violações, garantiu o acesso das vítimas à justiça e o acesso a recursos efetivos para obter reparação integral (Mazzutti, 2012, p. 84).

Existem outros relevantes instrumentos internacionais que abordam a problemática alusiva aos direitos das vítimas, em diversas categorias, entre os quais: Declaração da Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (2000), conhecido como Protocolo de Palermo; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis (2000); Princípios básicos para aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria penal (2002); o conjunto de Princípios para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos das Nações Unidas (2005) e a Resolução 20 (2005) do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que cria Diretrizes para a Justiça em assuntos relativos a crianças vítimas ou testemunhas de crimes.

No âmbito do sistema interamericano¹, o mais antigo sistema regional de proteção de direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José de Costa Rica, além de prever as garantias judiciais da pessoa acusada de delito (art. 8º), prevê que a Corte IDH, ao reconhecer violação a direito humano protegido pela Convenção, deverá determinar a reparação do dano e o pagamento de indenização justa ao lesado (art. 63). Por força disso, a Corte IDH produziu reiterada jurisprudência no sentido de que:

1] Relembre-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é constituído por dois órgãos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A Comissão tem competência para conhecer denúncias contra os Estados relativas a violações de direitos estabelecidos na CADH, oferecidas por indivíduos ou entidades e, sendo o caso, submetê-las a julgamento da Corte IDH. A Corte IDH é órgão judicial autônomo, com competência contenciosa e consultiva. A função consultiva da Corte decorre de sua capacidade de interpretar a CADH e outros instrumentos internacionais de direitos humanos, enquanto a sua função contenciosa corresponde à competência para julgar alegadas violações de direitos e garantias previstos no Pacto de San José da Costa Rica, praticadas por Estados aderentes da Convenção Americana.

A reparação dos danos causados pela violação de uma obrigação internacional requer, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Se isso não for possível, como no presente caso, cabe à Corte internacional determinar uma série de medidas para, além de garantir os direitos violados, corrigir as consequências que as violações produziram, assim como estabelecer uma indenização como compensação pelos danos ocasionados².

Como se vê, a reparação, no contexto humanitário internacional, consiste em restaurar a situação da vítima ao momento anterior ao ato ilícito, suprimindo ou anulando as consequências do ato ou omissão ilícitos, além de contemplar a indenização pelos danos causados, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais.

1.3 A REPARAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O regramento vigente no Brasil Colônia tratava da reparação, da pena e da multa com muita confusão, não prestigiando a indenização da vítima nem mesmo quando os bens do criminoso eram confiscados pela coroa (Fernandes, 1995, p. 161). Após a proclamação da Independência (1822), foi editado o Código Criminal do Império (1830), o qual veiculava disposição expressa acerca da obrigação do delinquente de reparar o dano causado pela infração penal, destinando capítulo específico para o tema (Capítulo IV - “Da Satisfação”).

O mencionado Código continha dispositivos avançados para a época, prevendo a hipoteca dos bens do agente desde o momento do crime (art. 27) e a preferência da satisfação do ofendido sobre o pagamento das multas (art. 30). Era um *codex* “eminentemente protetivo à vítima, estabelecendo mesmo que, na dúvida a respeito do valor a ser indenizado, a solução devia ser a favor do ofendido” (Fernandes, 1995, p. 162).

O Código de Processo Criminal do Império (1832) previa que a reparação do dano deveria ser postulada junto com a pretensão penal, cabendo à denúncia apontar o valor provável do dano sofrido (art. 79). Logo, o sistema vigente à época era o da cumulação obrigatória, pois previa a ação civil no processo criminal. Excepcionalmente, podia o ofendido usar da via civil contra o delinquente (art. 31, § 3º). Essa sistemática foi modificada com a Lei nº 261, de 3.12.1841, que estabeleceu a independência das ações civil e penal, ressaltando que a decisão criminal sobre a existência do fato e sobre a autoria não poderia ser rediscutida no cível.

Proclamada a República, sobrevieram o Código Penal de 1890 e os Códigos de Processo Penal do Distrito Federal e dos Estados. A independência das ações civil e penal foi reafirmada e a sentença penal manteve-se com força de coisa julgada quanto à existência do fato e da autoria. De acordo com o art. 70 daquele Código

2] Caso Trujillo Oroza – reparações, parágrafo 61; caso Bámaca Velásquez – reparações, parágrafo 39; caso Cantoral Benavides – reparações, parágrafo 41; caso Durand e Ugarte – reparações, parágrafo 25; caso Barrios Altos – reparações, parágrafo 25; caso Velásquez Rodríguez – indenização compensatória, parágrafo 25.

Penal, cabia ao Código Civil regulamentar a matéria atinente à indenização do dano. Os Códigos de Processo Penal do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul fugiram à regra, “admitindo a satisfação do dano civil em processo criminal, sendo, por isso, considerados inconstitucionais” (Fernandes, 1995, p. 162).

A reunificação do regramento processual brasileiro foi operada pelo vigente Código de Processo Penal, editado em 1941. Na sua redação original, o CPP adotou o sistema da independência, sendo que “o principal motivo para a adoção desse sistema foi evitar o tumulto do processo criminal com questões patrimoniais, o que ocasionaria perda da rapidez na repressão criminal” (Fernandes, 1995, p. 173). Com a reforma penal de 1984, a reparação passou a ser considerada efeito automático extrapenal da condenação (art. 91, I, CP), além de condição para que o infrator pudesse obter benefícios legais, como o *sursis* especial e o livramento condicional (art. 78, §2º; art. 83, IV), e condição para a reabilitação (art. 94, III).

A reparação do dano também é levada em consideração no artigo 16 do Código Penal, que cuida do arrependimento posterior e estabelece que a reparação voluntária do dano ou a restituição da coisa, antes do recebimento da denúncia, é causa obrigatória de diminuição da pena nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade humana foi consagrada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), conformando e inspirando o ordenamento constitucional brasileiro. No seu artigo 5º, XLV, a Constituição Federal estabelece que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Sobre a referida disposição constitucional, Scarance Fernandes pontua:

Poder-se-ia, à primeira vista, imaginar que esse texto constitucional considerou a obrigação de reparar verdadeiro efeito penal da condenação. Nivela-a com a pena de perdimento de bens e prevê que ambas podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Ora, sendo a obrigação de reparar o dano efeito civil, essa disposição seria desnecessária, pois a regra é as obrigações civis transmitirem-se aos sucessores. Teria, assim, o legislador querido admitir uma exceção ao princípio de que a pena só atinge o condenado e, para isso, entendeu necessário fixá-la expressamente? Assim não nos parece. A preocupação foi a de tornar constitucional a regra, antes firmada na lei ordinária, de que a condenação penal tem como efeito a reparação do dano e, ainda, de expressamente consignar a responsabilidade do patrimônio do autor da infração pelo ressarcimento devido à vítima. O fato de a reparação ter obtido consagração constitucional representou, isso sim, afirmação de sua relevância social, constituindo-se providência que extravasa o interesse individual da vítima (1995, p. 164).

Outro texto constitucional de relevância é o do artigo 245, segundo o qual “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 ilícito”. A propósito desse comando, é oportuna a observação de Ana Sofia Oliveira:

Esse dispositivo (ao que se sabe, ainda não cumprido) revela inegável influência do movimento vitimológico e estabelece a responsabilidade assistencial do Estado para com herdeiros e dependentes, mas, estranhamente, não assegura o direito à assistência pública para a própria vítima, direito já reconhecido em diversos países. (...) a criação dos fundos públicos de compensação foi um importante resultado do *victim's rights movement*, embora os efeitos práticos muitas vezes não façam jus à publicidade que cerca tais iniciativas (1999, p. 153).

Embora a criação de fundo estatal de assistência às vítimas não ostente, *a priori*, grande complexidade, na medida em que poderia ser custeada com recursos provenientes de ANPPs, penas de prestação pecuniária, multas penais, bens perdidos para o Estado e taxas judiciárias, entre outras receitas, fato é que, até o momento, a questão não foi regulamentada, apesar dos vários projetos de lei a esse respeito em tramitação no Congresso Nacional.

Na década de noventa foram promovidas importantes alterações legislativas no direito penal brasileiro orientadas pelo movimento vitimológico, sendo a Lei nº 9.099/1995, a que mais se destaca quanto à preocupação de satisfação dos interesses da vítima no processo penal. A multa reparatória prevista no art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), embora polêmica quando de seu advento, é digna de nota por tencionar satisfazer a vítima ou seus sucessores, sempre que houver prejuízo material resultante do crime de trânsito.

No século em curso, o indevido afastamento da vítima do andamento do processo penal pátrio foi mitigado em 2008, com a edição das Leis n. 11.690 e 11.719, que alteraram dispositivos do Código de Processo Penal, passando a prever o direito de participação da vítima, contemplando a indicação de provas (art. 201, *caput*, CPP), o direito à informação sobre os atos relativos à entrada e saída do acusado do estabelecimento prisional, à data designada para audiência, à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (art. 201, §2º, CPP), além do direito de ter preservada a sua intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 201, §6º, CPP); como também sua segurança, antes e no decorrer da audiência, reservando-lhe espaço separado nos prédios dos fóruns (art. 201, §4º, CPP).

Especificamente quanto à questão da reparação dos danos, a Lei nº 11.790/2008 conferiu nova redação ao art. 387, inciso IV, do CPP para estabelecer que, ao proferir sentença penal condenatória, o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Essa responsabilização depende de pedido próprio, acessório e facultativo formulado pelo órgão acusatório ou pelo próprio ofendido. O referido

dispositivo reproduziu previsão, até então, restrita à Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), cujo art. 20 estabelece que a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

A obrigação de indenizar o dano causado pelo crime já era expressamente reconhecida como um dos efeitos secundários da sentença condenatória irrecorrível (art. 91, I, CP); contudo, antes da mencionada alteração na lei processual, a sentença penal condenatória constituía um título ilíquido. A partir de então, a sentença penal condenatória passou a ostentar a qualidade de título executivo líquido, ainda que parcialmente, como explica Gustavo Badaró:

Com a reforma do CPP de 2008, a sentença penal condenatória poderá gerar um título líquido (se já for possível provar todo o dano no processo penal) ou parcialmente líquido (se somente parte dos danos for provada, por exemplo, o dano emergente), deixando para o processo de liquidação civil a parte do dano não liquidada na condenação penal (por exemplo, lucro cessante). Também é possível que a sentença penal continue a ser um título ilíquido, se não for possível, no âmbito criminal, fazer qualquer comprovação e estipulação do dano sofrido (2019, p. 216).

Em relação a este ponto específico da modificação legislativa, Sauveí Lai assevera:

Neste ponto, parece claro que a Lei nº 11.719/08 teve como objetivo simplificar e acelerar a reparação patrimonial da vítima, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição judicial do crime – mesmo fato gerador da pretensão punitiva e da indenização civil – para implementar a satisfação patrimonial e a reprimenda penal, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação.

Desse modo, obtém-se a tão almejada economia processual, reduzindo-se também o número de processos. Em vez de multiplicar a quantidade de ações judiciais, forçando o Judiciário a analisar o mesmo fato gerador várias vezes (ainda que em searas distintas), usa-se uma única relação processual para dar soluções jurisdicionais a diversos litígios, pondo fim às lides.

Além disso, na militância forense, sabe-se que o Juiz Cível muitas vezes decide as questões patrimoniais lastreado tão somente em provas documentais, na frieza dos papéis. Por isso, afigura-se razoável que o Juiz Criminal – obrigado a ter um contato mais próximo das provas do crime, sobretudo as orais, em que há interação direta com a vítima, as testemunhas e o réu – possa conhecer as controvérsias que o habilitem a fixar a quantia mínima reparatória (2011, p. 260).

Nos delitos patrimoniais, é evidente que a vítima sofre prejuízo patrimonial. Quando há emprego de grave ameaça ou violência, também pode restar configurado dano moral, a depender do abalo psíquico demonstrado pela vítima. Em tais casos, havendo pedido da acusação ou da parte ofendida, ainda que sem especificação de valor, deve a reparação mínima, por danos materiais e morais, ser fixada no édito condenatório. Em se tratando de violência contra a mulher em âmbito doméstico e familiar, entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, comprovada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e devem ser reparados (Tema 983), constituindo dano *in re ipsa*.

Superada a discussão sobre a possibilidade de o julgador impor na sentença penal condenatória a reparação à vítima, em valor mínimo, pelos danos decorrentes do delito, outro problema se coloca para que tal reparação se efetive: raramente a obrigação de indenizar é satisfeita de forma espontânea, ainda que se trate de agente solvente.

Em regra, para que a vítima obtenha a reparação devida, é necessário acionar o Poder Judiciário após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ajuizando ação na esfera civil (art. 63, parágrafo único, CPP). Em havendo uma parte líquida e outra ilíquida na sentença condenatória, a vítima credora poderá promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta (art. 501, § 1º, CPC).

É importante que seja resguardada à vítima a possibilidade de promover, no juízo cível, a apuração complementar dos danos efetivamente sofridos com a infração penal, pois nem sempre ela terá oportunidade de apresentar documentos e trazer informações para demonstrar os danos, materiais ou morais, no processo penal. Todavia, a necessidade de a vítima, seu representante legal ou seus herdeiros acionarem a jurisdição civil, seja para execução do valor líquido de indenização mínima fixado no édito condenatório, seja para liquidação dos danos totais gerados pelo crime, acarreta maior demora na satisfação da reparação que lhe é devida, prolongando nela os traumas e impactos psicológicos negativos sofridos, eis que terá de reviver e expor fatos e sentimentos ligados ao evento danoso uma vez mais. Além disso, o ajuizamento de ação civil também gera custas e custos, aumenta a carga de trabalho do Poder Judiciário e demanda a realização de diligências, muitas vezes inexitosas, ante a não localização do agente ou a sua insolvência.

Quando os réus são destituídos de condições financeiras para reparar o dano, a fixação de valor mínimo reparatório na condenação penal surte pouco ou nenhum efeito. Em tais casos, teria salutar importância a regulamentação do fundo de assistência às vítimas de crimes, previsto no art. 245 da Constituição Federal. Muito embora o texto constitucional restrinja o fundo a vítimas carentes, incluindo seus herdeiros e dependentes, de crimes dolosos, constitui, a nosso ver, importante mecanismo para assegurar a reparação mínima às vítimas da criminalidade, sem afastar a responsabilidade civil do autor do delito.

Como visto, o processo penal moderno está orientado para a reparação às vítimas, cabendo ao membro do Ministério Público manejá-lo, nas ações penais públicas, sem descurar dessa finalidade, a qual é passível de ser atingida não apenas por meio da sentença penal condenatória, mas também em outros momentos processuais não contemplados nesse breve estudo³. Assegurado o direito à reparação na sentença condenatória, o protesto surge como medida célere e estratégica para satisfazer, ao menos em parte, os prejuízos ocasionados pelo ilícito penal, resguardando a dignidade da vítima, como será visto a seguir.

2. O PROTESTO

2.1 ORIGEM HISTÓRICA DO PROTESTO E SUA DEFINIÇÃO LEGAL

No direito brasileiro, o instituto do protesto extrajudicial surgiu com o Código Comercial (Lei nº 556) de 1850, o qual regulava o protesto da letra de câmbio (arts. 405 a 414). Posteriormente, essa legislação foi parcialmente revogada pelo Decreto n. 2.044/1908, que regulou as operações cambiais e definiu a letra de câmbio e a nota promissória, disciplinando o protesto no Capítulo VII e revogando alguns dispositivos do antigo Código Comercial.

Atualmente, o protesto de títulos é disciplinado pela Lei nº 9.492/1997, que define competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida⁴. A lei define o protesto como ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida (art. 1º, *caput*), incluindo as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas (art. 1º, parágrafo único).

Walter Ceneviva define o protesto como a manifestação do credor contra a omissão do devedor, sendo elemento de prova imprescindível em certas circunstâncias de que a obrigação não foi cumprida na forma e no prazo previsto pelo título, assegurando, ainda e no âmbito das relações cambiárias, direito contra eventuais avalistas e de regresso contra o endossante e o sacador do título (2010, p. 101). Esse conceito tradicional, que alude apenas a títulos de crédito passíveis de protesto, justificado pela origem cambiária do instituto, foi ampliado e atualmente alcança outros documentos de dívida, como termos de ajuste de conduta, dívidas fiscais e sentenças judiciais.

3] A título exemplificativo, é possível contemplar a reparação à vítima na celebração de acordo de não persecução penal (art. 28-A, I, CPP), na suspensão condicional do processo (art. 89, §1º, I, Lei nº 9.099/95), na aplicação da prestação pecuniária quando da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 45, §1º, CP), na aplicação da suspensão da pena (art. 78, § 2º, CP), na concessão de livramento condicional (art. 83, IV, CP) e na destinação do trabalho do preso (art. 29, §1º, a, LEP).

4] O protesto extrajudicial em nada se confunde com o protesto judicial, previsto no antigo Código de Processo Civil (art. 867 a 872), que correspondia a procedimento específico de jurisdição voluntária destinado à preservação de direito ou prevenção de dano, albergado pelo Código de Processo Civil de 2015 sob a rubrica de notificação e interpelação judicial (art. 726).

A interpretação de que a expressão “outros documentos de dívida”, contida no art. 1º da Lei nº. 9.492/1997, contempla os títulos executivos judiciais, restou confirmada com a promulgação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o qual passou a prever expressamente a possibilidade de se protestar a decisão judicial transitada em julgado após o decurso do prazo para pagamento voluntário em cumprimento de sentença (arts. 517 e 528). Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “O NCPC transformou em regra expressa (art. 517) prática já adotada no foro extrajudicial, qual seja, a da possibilidade de se levar a protesto decisão judicial transitada em julgado que prevê obrigação de pagar quantia, desde que seja certa, líquida e exigível” (2016, p. 235).

O STJ reconheceu, em sede de acórdão submetido ao regime dos recursos repetitivos, a aplicabilidade do protesto às dívidas fiscais, assentando que é possível o protesto da certidão de dívida ativa (CDA) desde a entrada em vigor da Lei nº. 9.492/1997, possibilidade reforçada pela Lei nº 12.767/2012 (REsp 1.686.659/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 11/03/2019).

Especificamente no que tange à sentença penal condenatória transitada em julgado, é válido lembrar que há previsão legal expressa reconhecendo-a como título executivo judicial e disciplinando que o seu cumprimento observará as regras do CPC aplicáveis ao cumprimento de sentença (art. 515, VI, CPC).

2.2 TIPOLOGIA DO PROTESTO

Em se tratando de relação cambial, o protesto será considerado necessário para garantir o direito de regresso em face dos coobrigados ao pagamento do título, quando o devedor principal não venha a adimplir a obrigação. Também será necessário para o atingimento de finalidades específicas, como a propositura de pedido de falência (art. 94, Lei nº 11.101/05) e para constituir em mora o devedor do contrato de alienação fiduciária em garantia (art. 2º, §2º, Decreto-Lei nº 911/69). Fora dessas hipóteses, o protesto constitui uma faculdade do credor e será levado a efeito apenas para comprovar que o devedor não cumpriu a sua obrigação, caracterizando a sua impontualidade, a qual pode estar consignada em qualquer documento de dívida, não se restringindo aos títulos cambiais específicos.

De fato, o protesto extrajudicial não se restringe ao protesto de títulos cambiários, compreendendo também outros documentos de dívida, os quais podem prever obrigações de fazer ou não fazer, servindo como medida coercitiva para o adimplemento da obrigação devida. No caso de títulos judiciais, tal medida “deve ser providenciada autonomamente pelo exequente, não havendo intervenção judicial na realização desse protesto. O juiz só intervém para cancelar o protesto (art. 517, §4º, CPC) ou eventualmente para decidir questão surgida com sua realização (art. 518, CPC)” (Marinoni *et al.*, 2012, p. 664).

De acordo com a Lei nº 9.492/97, o registro do protesto poderá ser requerido por falta de aceite, devolução ou falta de pagamento (art. 21). Ao presente estudo interessa apenas o protesto por falta de pagamento, tendo em vista a natureza não cambial da sentença penal condenatória, temática aprofundada a seguir.

3. O PROTESTO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

3.1 REQUISITOS DO TÍTULO JUDICIAL PROTESTÁVEL

Para ter início o cumprimento na esfera cível ou ser protestada, a sentença penal condenatória que fixa reparação à vítima pelos danos causados pela infração penal deve veicular obrigação certa, líquida e exigível (art. 783, CPC), sendo assente no Superior Tribunal de Justiça que “é possível o protesto de título executivo judicial, desde que a obrigação nele estampada se revista dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade” (STJ, 4ª Turma, AgRG no REsp 967.683/SC, rel. Min. Raul Araújo, DJe14.04.2016).

A certeza do crédito (*an debeatur*) decorre da natureza judicial do título, enquanto a liquidez (*quantum debeatur*) diz respeito ao valor devido. Para ser protestada pela vítima, a sentença penal deve especificar a importância que lhe é devida, isto é, a quantia exata da dívida e eventuais juros ou atualização monetária incidentes. A exigibilidade terá lugar com o vencimento da obrigação, que pode se consumir porque expirou o prazo para pagamento da dívida ou, inexistindo prazo, porque se verificou condição a cuja ocorrência a eficácia do negócio jurídico estava subordinada.

No caso de protesto da sentença penal condenatória por falta de pagamento, cabe questionar quando se verifica a impontualidade do devedor, tornando exigível a dívida decorrente da indenização mínima fixada na sentença condenatória em favor da vítima da infração penal. Considerando que a praxe processual não costuma estipular data determinada ou prazo para pagamento da indenização em favor da vítima, entendemos que a indenização será exigível no dia imediatamente seguinte ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a defesa, quanto ao capítulo da reparação.

Sobre a importância do trânsito em julgado, Fredie Didier Jr. e outros observam que:

Somente constitui título executivo a sentença penal condenatória transitada em julgado. Se não houver o trânsito em julgado, a sentença ainda não se encaixa como título executivo. A exigência do trânsito em julgado mantém estreita ligação com o princípio constitucional da inocência: enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, o acusado não pode ainda ser tido como criminoso. Também por isso, somente se considera título executivo a sentença penal condenatória depois de seu trânsito em julgado. Tal particularidade denota, ademais, não ser possível a execução provisória da sentença penal condenatória, exatamente porque se exige o prévio trânsito em julgado (2010, p. 165).

Concordamos em parte com os referidos autores. Evidentemente, caso sobrevenha recurso de apelação defensivo com pedido absolutório ou insurgindo-se a defesa ou a acusação especificamente quanto ao valor de indenização fixado

em favor da vítima, a dívida não será, desde logo, protestável, dependendo a sua exigibilidade do resultado do julgamento do apelo criminal pelo órgão colegiado na superior instância. Entretanto, caso o recurso impugne apenas a dosimetria da pena ou o seu regime inicial de cumprimento, por exemplo, entendemos que a parte que fixou a reparação à vítima tornar-se-á irrecorrível, permitindo que a credora exija o pagamento da obrigação, pela execução forçada ou o protesto notarial. Entender de modo diverso implicaria alongar, demasiada e desnecessariamente, a satisfação da indenização, violando o direito da vítima à reparação, reconhecido como direito humano no âmbito do SIDH e consagrado no âmbito interno, além de violar a dignidade humana da vítima penal.

3.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO APRESENTANTE DO TÍTULO

Indagação relevante é saber se o Ministério Público pode figurar como apresentante do título judicial submetido a protesto, atuando, assim, em defesa da vítima. Entendemos que, além do interesse privado da vítima na reparação, existe outro interesse de ordem pública, o qual legitima e autoriza a atuação do Ministério Público na hipótese versada. No entanto, acreditamos que a autonomia de vontade da vítima deve ser respeitada, de modo que o órgão acusatório somente poderá agir quando a vítima tiver externado, por qualquer meio, o desejo de ver seu crédito satisfeito. Exceção à hipótese seriam os casos em que a vítima do crime a ser reparado é o Estado ou a sociedade, a exemplo dos delitos praticados contra a Administração Pública, contra a incolumidade pública, contra a saúde pública, crimes ambientais, entre outros. Em tais casos, não há que se falar em vontade da vítima, tendo o órgão acusatório o dever de agir para efetivar a reparação do dano ao Estado ou à coletividade.

Afinal, se o Ministério Público promove a acusação, obtém a condenação, afigura-se lógico, a nosso ver, que ele também possa agir para efetivar a reparação pecuniária dela decorrente e, assim, completar, de fato, a prestação jurisdicional. Tal proceder relaciona-se com as atribuições do órgão de acusação, as quais, modernamente, compreendem a tutela e proteção da vítima criminal. Ademais, o agir ministerial também pode encontrar amparo no art. 129, IX, da Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público o exercício de outras funções que vierem a lhe ser conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, autorizando, portanto, a medida ora proposta.

Analisando a possibilidade de defesa de interesses civis da vítima pelo Ministério Público, Scarance Fernandes assevera:

Caso se entenda que há exclusivo interesse privado, estará o Ministério Público, se prevista a sua atuação, agindo como representante da vítima, única parte legitimada a pleitear a reparação, cuidando-se de representação voluntária quando a lei exigir requerimento da vítima para que possa ele atuar. Atribuiria à lei, então, ao Ministério Público capacidade para postular a reparação, não lhe outorgando legitimidade ativa para a causa. (...) Mas, quando

se vislumbra também interesse público na reparação, outra é a posição do Ministério Público. Atuará como substituto processual, defendendo no juízo penal, ou até mesmo em sede civil, o direito do ofendido à reparação do dano, porque interessa à comunidade que ela aconteça (1995, p. 188).

Não se olvida que o legislador já atribuiu ao Ministério Público a execução da sentença condenatória ou da ação civil *ex delicto* quando o titular do direito à reparação for pobre, nos termos do art. 68 do CPP, o qual teve sua inconstitucionalidade progressiva declarada pelo STF, que previu uma paulatina transferência dessa atribuição para as Defensorias Públicas, consignando que “enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista” (RE 135328/SP, DJ 20.04.2001).

Em que pese o entendimento adotado pelo STF, considerando o momento atual de valorização e proteção da vítima penal, sobre o qual já tratamos, protagonizado sobretudo pelo Ministério Público, entendemos não haver impedimento para que o Ministério Público intermedie o protesto da sentença penal condenatória, figurando como apresentante do título, embora o credor seja a vítima.

Situação similar já ocorre em relação ao protesto da pena de multa, eis que considerada dívida de valor. Como se sabe, com as mudanças na legislação penal e processual penal trazidas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, passou a ser possível o protesto da multa penal imposta na sentença penal condenatória. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada pelo juiz na sentença condenatória, calculada em dias-multa, e deve ser paga no prazo de dez dias contados do trânsito em julgado da sentença (arts. 49 e 50, CP). Não sobrevivendo o pagamento no prazo legal, a multa será executada perante o juiz da execução penal e poderá ser levada a protesto.

Considerando que o Ministério Público é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias, conforme decidido pelo Plenário STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3150, caberá ao *Parquet* submeter o título a protesto.

No caso da pena de multa, embora o apresentante seja o Ministério Público, o credor do título executivo é o Poder Executivo, estadual ou federal, a quem são devidas as verbas decorrentes de multa penal, as quais devem ser destinadas aos respectivos fundos penitenciários, inexistindo dissenso quanto a este aspecto. Entendemos que o mesmo raciocínio é possível em se tratando de protesto da reparação fixada na sentença penal condenatória em benefício da vítima.

3.3 O PROCEDIMENTO APLICÁVEL AO PROTESTO

Estabelecido quem pode ser o apresentante do título judicial, cabe perquirir acerca da atribuição territorial para o protesto. Via de regra, a apresentação de título para protesto deve ocorrer no lugar designado no documento de dívida

para pagamento e, inexistindo essa determinação, deve ser efetivada no lugar do domicílio do devedor. Em se tratando de sentença penal condenatória, o protesto deverá tramitar na localidade onde proferida a condenação ou no domicílio do devedor, tomando-se por referência a previsão do art. 516 do CPC.

Para que o protesto da reparação decorrente de infração penal se efetive, o Ministério Público ou a vítima credora deverão apresentar ao tabelião de protestos certidão de teor da sentença condenatória transitada em julgado, com indicação dos dados previstos no art. 22 da Lei nº 9.492/97. Na sequência, o cartório intimará o devedor (art. 14) para que ele pague a obrigação em até três dias úteis (art. 12, *caput*). Sobre a intimação para fins do protesto, João Souza Neto aduz que “considera-se realizada, com a mera entrega do respectivo documento no endereço do devedor, porquanto a lei federal não impõe a necessidade de a intimação ser entregue à pessoa do devedor” (2017, p. 213).

Em se tratando de sentença penal condenatória transitada em julgado, deve-se ter em mente que o devedor/condenado, muito possivelmente, estará em cumprimento de pena ou de *sursis* da pena. Na primeira hipótese, estando o devedor em regime aberto, a intimação pode ser endereçada à sua residência, uma vez que, na maioria das comarcas, este não é recolhido à Casa do Albergado (art. 93 da LEP), por falta de estabelecimento apropriado. Estando o devedor custodiado em regime semiaberto ou fechado, a intimação deverá ser endereçada ao estabelecimento prisional, contudo, não surtirá efeito, uma vez que a restrição creditícia em nada afetará a vida de quem está segregado, revelando-se mais adequado que o credor aguarde a progressão de regime do condenado para o regime aberto ou livramento condicional, postergando o protesto.

Nessa circunstância, mais apropriado seria o ajuizamento de ação de execução com pedido de desconto nos vencimentos do preso, considerando que o trabalho do preso é remunerado (art. 29, LEP) e que o produto da sua remuneração deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios (art. 29, §1º, a, LEP), constituindo dever do condenado a indenização à vítima ou aos seus sucessores (art. 39, VII, LEP). Relembre-se que o protesto do édito condenatório é facultativo, podendo a vítima credora optar por outros meios para a obtenção do crédito devido.

Caso a localização do devedor seja incerta ou ignorada, ele resida fora da competência territorial do tabelionato ou, ainda, ninguém se disponha a receber a intimação no seu endereço, ele poderá ser intimado por edital (art. 15, Lei nº 9.492/1997).

O pagamento do título apresentado será feito no Tabelionato competente, que dará a respectiva quitação. O valor correspondente ficará à disposição do apresentante no primeiro dia útil subsequente ao do recebimento (art. 19, § 2º, Lei nº 9.492/1997). Efetuado o pagamento, diretamente ao credor ou em juízo, será igualmente promovido o cancelamento do protesto (art. 26, Lei nº 9.492/1997 e art. 517, § 4º, CPC), às expensas do devedor interessado.

Em se tratando de título apresentado pelo Ministério Público, seja protesto da pena de multa ou da reparação devida à vítima, entendemos aplicável a observação de Mateo e Pedroso:

ainda que realizado o pagamento no tríduo legal, e efetuado o repasso do valor para o fundo penitenciário respectivo, o tabelião de protesto “remeterá os documentos ao promotor de Justiça das execuções criminais”. (...) o Ministério Público atua como apresentante e o artigo 19, parágrafo 2º, da Lei nº 9.492/97 já dispõe que “valor devido será colocado à disposição do apresentante no primeiro dia útil subsequente ao do recebimento”. No caso, a única diferença é que, no lugar do valor, será disponibilizado documento comprobatório do pagamento (2020).

Não sobrevivendo o pagamento no tríduo legal, o protesto do título então será lavrado e o devedor ficará sujeito a seus efeitos, tendo seu nome negativado nos serviços de proteção ao crédito. A data do registro do protesto será o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualizações monetárias sobre o valor da obrigação, caso inexista previsão específica no título executivo.

3.4 OS EFEITOS DO PROTESTO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

A publicidade do protesto extrajudicial enseja o efeito da coercibilidade, pois, ao inscrever o nome do devedor no rol de devedores, permite que toda a sociedade tenha conhecimento do inadimplemento protestado, autorizando terceiros a restringir o acesso do devedor a crédito, circunstância que exerce sobre ele uma pressão psicológica para quitação da dívida. O protesto do título judicial tende a forçar o devedor ao adimplemento da prestação, na medida em que opera as seguintes consequências:

Não produz efeito jurídico na pessoa do devedor, mas reflete sobre ele. Não há como negar sua influência sobre o cadastro individual da pessoa do devedor, cujo nome figura no registro de protesto. Neste caso, a pessoa dificilmente consegue comprar a prazo, ajustar uma locação imobiliária ou obter um emprego, tornando difíceis seus negócios (Costa, 2009, p. 249).

O protesto é sobremaneira relevante quando o condenado/devedor não possui bens suficientes para quitar a indenização ou quando há dificuldade de localizá-lo para intimação, fatores que comprometem o êxito das medidas expropriatórias em eventual execução civil. Em tal contexto, a restrição creditícia avulta como solução mais efetiva e menos onerosa para compelir o devedor ao adimplemento da dívida.

Ainda que se trate de devedor solvente e com patrimônio identificado, entendemos que o protesto do título judicial deveria ser igualmente priorizado, em prestígio ao princípio da menor onerosidade da execução (art. 805, CPC), por constituir meio menos gravoso do que a penhora de ativos, automóveis e imóveis do devedor, e mecanismo mais célere para efetivar o cumprimento da condenação,

descartando a necessidade de execução judicial e constituindo, por isso, importante instrumento na prevenção de litígios. Nesse sentido, reconhecendo a efetividade do protesto como meio de execução indireta, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal já se pronunciou:

1. É possível a utilização do protesto como meio de execução indireta, visando dar maior efetividade ao cumprimento da decisão, uma vez que abala o acesso ao crédito do devedor que se encontra inadimplente. O art. 517 do CPC permite a expedição da certidão de teor exclusivamente com o objetivo de protestar o título executivo judicial, sendo uma forma de compelir o devedor inadimplente a cumprir a obrigação fixada em sentença transitada em julgado. 2. A expedição da certidão de teor exclusivamente com o objetivo de protestar o título executivo judicial remete à providência de expedição de uma certidão de cunho cartorário, a exemplo da certidão de inteiro teor ou da certidão de objeto e pé, a qual não se confunde com a certidão de crédito disciplinada pela revogada Portaria Conjunta n. 73 do TJDF. 3. Agravo conhecido e não provido. (TJDF, Agravo de Instrumento 07013199220208070000, Relator Des. Fábio Eduardo Marques, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 17/6/2020, publicado no DJE: 3/7/2020).

No mesmo eito, reconhecendo a efetividade do protesto notarial para satisfação de crédito decorrente de sentença condenatória, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE QUE REPRESENTA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL.

1. O protesto comprova o inadimplemento. Funciona, por isso, como poderoso instrumento a serviço do credor, pois alerta o devedor para cumprir sua obrigação.

2. O protesto é devido sempre que a obrigação estampada no título é líquida, certa e exigível.

3. Sentença condenatória transitada em julgado é título representativo de dívida — tanto quanto qualquer título de crédito.

4. É possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível.

5. Quem não cumpre espontaneamente a decisão judicial não pode reclamar porque a respectiva sentença foi levada a protesto.

(STJ, REsp n. 750.805/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14/2/2008, DJe de 16/6/2009).

Colhe-se do acórdão supracitado preciso comentário do ex-ministro Humberto Gomes de Barros quanto ao efeito negativo do protesto na vida do

devedor recalcitrante:

É inegável que essa finalidade do protesto de título judicial – em nada condenável, já que a grande pretensão das últimas reformas legislativas foi dar efetividade ao cumprimento das decisões judiciais – torna-o legítimo instrumento de amparo aos interesses do credor e, ao fim e cabo, do próprio Estado. (STJ, REsp n. 750.805/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14/2/2008, DJe de 16/6/2009).

Um sistema processual penal voltado para a tutela dos direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito não pode tolerar que a vítima, depois de aviltada em sua dignidade pelo crime sofrido, seja alijada do direito à reparação dos danos dele decorrentes. Por isso, cada vez mais tem se acentuado a compreensão de que a reparação do dano deve ser uma preocupação de todo o meio social, não estando mais adstrita unicamente à esfera de interesse patrimonial do indivíduo lesado pelo crime.

O presente estudo permite concluir que o protesto notarial ostenta grande potencial de utilidade para as vítimas de infração penal devido às consequências negativas que a sua publicidade gera para o devedor/condenado inadimplente, constituindo um importante e eficiente mecanismo extrajudicial, célere e não oneroso, para a satisfação da indenização, ainda que parcial, imposta em seu favor na sentença penal condenatória.

CONCLUSÃO

O artigo dedicou-se a tratar da efetividade do direito da vítima à reparação pelos danos causados pela infração penal. Para tanto, demonstrou que o direito à reparação exsurge como consagração da dignidade humana da vítima, estando reconhecido, atualmente, em diversos documentos internacionais e regionais de direitos humanos.

No âmbito interno, diversas disposições e diplomas legais buscam salvaguardar a vítima penal. O CPP estabelece que a sentença penal condenatória deve fixar, em favor da vítima, valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal (art. 387, IV, CPP), tutelando, assim, os seus interesses patrimoniais que, ao cabo, também são de interesse do próprio Estado e da sociedade.

No entanto, na prática, o comando do édito penal condenatório que fixa a indenização mínima em favor da vítima revela-se inócuo se a parte ofendida não ingressa em juízo, seja para ajuizar cumprimento de sentença ou para postular a liquidação dos danos, medidas que postergam a satisfação da reparação, que deveria ser imediata, e prolongam nela os abalos negativos advindos do crime, além de consistirem em medidas judiciais onerosas que avolumam o trabalho judiciário.

Nesse contexto é que se sustenta o cabimento e a adequação do protesto da sentença penal condenatória (art. 517, CPC) para satisfação da reparação devida à vítima de crime. O potencial de coercibilidade do protesto decorre da característica

de publicidade do ato, o qual se materializa com a inscrição do nome do devedor no rol de devedores e a consequente restrição creditícia gerada, quase imediatamente, para o condenado/devedor, seja solvente ou insolvente. Entre outras questões, defende-se a possibilidade de apresentação do título pelo Ministério Público e pela vítima, ampliando, assim, o acesso do ofendido à justiça e, por consequência, à satisfação que lhe é devida.

A conclusão inexorável a que se chega é a de que o protesto da sentença penal condenatória que estipula valor mínimo em favor da vítima constitui alternativa extrajudicial estratégica, célere e não onerosa, apta a conferir a necessária e desejada efetividade à ordem de reparação pelo dano material ou moral sofrido em razão da infração penal, motivo pelo qual deveria ser amplamente empregada na atuação do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Anuário do Ministério Público Brasil 2021/2022*. Editora ConJur: São Paulo, 2022.
- COSTA, Wille Duarte. *Título de crédito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.
- DIDIER JR, Fredie (Coord). *Coleção Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 5. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- LAI, Sauvei. Anotações sobre o novo art. 387, IV, do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória. *Revista EMERJ*, v. 14, n. 54, p. 259-270, abr.-jun. 2011. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista54/Revista54_259.pdf>. Acesso em 02 dez. 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MATEO, Felipe Esmanhoto; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. Breves apontamentos sobre a regulamentação do protesto da pena de multa. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-27/opiniao-analise-regulamentacao-protesto-pena-multa>>. Acesso em: 30 jan. 2023.
- MATO GROSSO DO SUL. Provimento n. 52, de 16 de dezembro de 2010. *Altera o título do Capítulo XII e acrescenta os art.s 495-B, 495-C ao Código de Normas da Corregedoria- Geral de justiça, que dispõe sobre o protesto de sentença proferida em ação de alimentos*. Mato Grosso do Sul: Corregedoria Geral de Justiça, 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=26941>> Acesso em: 12 fev. 2023.
- MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. *Vitimologia e Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ONU. Resolução n. 40/34, de 29 de novembro de 1985. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2023.
- ONU. Declaração n. 60/147, de 16 de dezembro de 2005. *Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações e flagrantes das normas internacionais de direitos*

humanos e de violações graves do direito internacional humanitário. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2023.

ONU. Resolução n. 217-A, 10 de dezembro 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 dez. 2022.

PEREIRA, Juliana HORLLE. *Comentários à Lei de Protesto: Lei nº 9.492, de 10.09.1997*. Brasília: Thesaurus, 2005.

SANTOS, Celeste Leite dos. *Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá, 2020.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Apontamentos sobre o protesto notarial*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-20032013-142914/publico/Apontamentos_sobre_o_Protesto_Notarial_Reinaldo_Velloso_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2023.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e (Coord.). *Manual do Protesto de Letras e Títulos*– teoria e prática. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* - Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. V. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O RESGATE DO PROTAGONISMO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO – UMA TENDÊNCIA DE ACESSO À JUSTIÇA

THE RESCUE OF THE VICTIM’S PROTAGONISM IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS – A TREND IN ACCESS TO JUSTICE

JOÃO ASSIS GOBBO

Pós-graduado (*lato sensu*) – Especialização em Direito Penal e Processo Penal, na Escola de Direito do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (EDAMP). Graduado em direito na Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (FADIR-UFGD). Formação em técnico em secretariado no Instituto Federal Goiano (IFG). Assessor jurídico no Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: j.a.gobbo@hotmail.com

RESUMO: Em método de revisão bibliográfica, o artigo trata do protagonismo da vítima no processo penal brasileiro, enquanto figura relevante e indispensável na ação penal, no processo no aprimoramento e evolução dos ritos penais, como no modelo de justiça restaurativa. Transita pela obrigatoriedade e preponderância probatória da vítima, especialmente das mulheres no âmbito doméstico e familiar. O trabalho deságua conectando os mecanismos de acesso à justiça e sua utilização pelo ofendido no âmbito criminal, demonstrado por reformas legislativas que seguem a tendência de colocar o lesado como centro do debate processual, mudando o *locus* tradicional da persecução penal.

Palavras-chave: Vítima; Processo Penal; Justiça Restaurativa; Acesso à Justiça.

ABSTRACT: *In bibliographic review method, this article analyzes the victim’s role in the Brazilian criminal process, either as a passive subject of criminal practice or as a relevant and indispensable figure in the criminal action, considering the rescue of this victim as a positive perspective for the improvement, development, and evolution of the rites criminal offenses, like in the restorative justice model. Mandatory and an evidential preponderance of the victim, especially of the women in context of domestic violence and against the family. The workflows by connecting the mechanisms of access to justice and its use by the victim in the criminal sphere, demonstrated by legislative reforms that follow the tendency to place the victim as the center of the procedural debate, changing the traditional locus of criminal prosecution.*

Keywords: *Victim; Criminal Proceedings; Restorative Justice; Access to Justice.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A vítima como sujeito do processo penal. 1.1 A vítima como sujeito passivo da prática criminosa. 1.2. A vítima como figura determinante na ação penal. 2. Os juizados especiais criminais e a vítima como mote central da justiça restaurativa. 3. A vítima como elemento de instrução probatória. 3.1 A oitiva da vítima durante a fase judicial da colheita de provas. 3.2. Relevância

e preponderância probatória. 3.3 A vítima e a fixação de medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06. 4. A participação da vítima no processo penal como forma de acesso à justiça. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

É natural que aquele que tenha seus interesses e direitos violados ou lesados tenha interesse em buscar uma forma de contornar a situação. Em sendo o caso de prática criminosa e tolhida a autotutela, as normas constitucionais e legais possibilitam, e até mesmo obrigam, em certas ocasiões, que os interessados e legitimados para tanto, valham-se do processo penal à reparação do dano, proteção do bem jurídico tutelado e punição ao infrator.

Praticado o delito, violadas as regras de condutas que gerenciam o controle social¹, o Estado, como aquele que institui os regramentos, automaticamente passa a suportar os reflexos do cometimento do crime, logo, empenhado no agir em detrimento disso para que a ordem e a paz possam se restabelecer. Por vezes, não é apenas o Estado que ocupa o lugar de sujeito passivo da prática delitiva, dividindo tal papel com a vítima da infração. Na sequência, ao deixar os holofotes, o neutralizar do ofendido fez com que o ato e o infrator assumissem a posição central do debate processual, o que não obistou, após, o redescobrimento do importantíssimo personagem da prática delitiva.

Ao reconhecer que a vítima é um importante elemento de construção do processo penal e da ação penal em si, a considerar o bem jurídico tutelado, o contexto histórico vivenciado, a potencialidade ofensiva do delito, coloca-se a ela a possibilidade de representar criminalmente contra o autor dos fatos, em sede de ação penal pública condicionada, oferecer queixa-crime, nos casos de ação penal privada ou subsidiária da pública, podendo, ainda, atuar ao lado do Ministério Público em ação penal pública.

No mesmo sentido, a instituição dos Juizados Especiais Criminais, em sistema calçado na oralidade, celeridade, economia e informalidade, revitalizou as vias conciliativas no âmbito criminal, resgatando e valorizando a figura da vítima, focando na reparação dos danos por ela suportados, sem que, para isso, ao infrator seja aplicada pena privativa de liberdade. Em uma demonstração de inclinação aos mecanismos de Justiça Restaurativa, o compor e o transacionar entre autor e vítima.

Em um segundo momento, importa trazer à lume aspectos relacionados ao conhecer dos fatos a partir da pessoa ofendida, percorrendo acerca da obrigatoriedade da oitiva da vítima durante a instrução criminal, do uso da palavra da vítima como meio de prova, preponderância e relevância dessa no decreto condenatório ou absolutório, dando destaque à atuação da vítima mulher, grupo historicamente vulnerado pelo próprio direito penal, exposta à violência doméstica e familiar.

Por fim, o último capítulo alavanca a perspectiva de que trazer a vítima para participar do processo penal, antes mesmo de iniciar-se a ação penal propriamente

1] Vide Cunha, 2018, p. 34.

ditada, colocando-a em um lugar de destaque, como mecanismo de acesso à justiça e reconhecimento social dos que tiverem seus bens jurídicos atingidos pela conduta do ofensor, com importantes instrumentos atuais para solução restaurativa das infrações penais, como o acordo de não persecução penal.

1. A VÍTIMA COMO SUJEITO DO PROCESSO PENAL

1.1 A VÍTIMA COMO SUJEITO PASSIVO DA PRÁTICA CRIMINOSA

Embora possam parecer sinônimos, o termo “vítima” e a expressão “sujeito passivo” não o são, eis que, não necessariamente, a vítima, o prejudicado ou o lesado com o crime será sujeito passivo da prática criminosa.

Vítima e sujeito passivo não se confundem, porque vítima compreende uma definição mais abrangente que engloba tanto situações nas quais existe crime quanto aquelas nas quais não há crime nenhum. Mas, havendo crime, tem-se que sujeito passivo e vítima se reúnem na mesma pessoa. (Cunha, 2018, p. 188).

Para Separovi, vítima é “(...) qualquer pessoa, física ou moral, que sofre como resultado de um desapiedado desígnio, incidental ou acidentalmente” (*Apud* Piedade Júnior, 1993, p. 89), já Manzanera conceitua vítima como “o indivíduo ou grupo que sofre um dano, por ação ou omissão, própria ou alheia, ou por caso fortuito” (*Apud* Piedade Júnior, 1993, p. 90).

Com o cometimento de um crime, o Estado, como sujeito passivo constante, também chamado de formal, mediato, geral ou genérico, experimenta o dano daquela ação ou omissão, independentemente das consequências geradas. Isso porque, uma vez que as normas penais emanam do Estado, já que titular do mandado proibitivo, diretamente interessado na manutenção da ordem social e da paz pública, ao serem transgredidos os limites estabelecidos para o controle estatal, a conduta do sujeito ativo lesiona o Estado (Cunha, 2018, p. 186)².

Já a vítima propriamente dita da infração, sujeito passivo eventual ou material, que pode ser pessoa humana (desde a concepção), pessoa jurídica, o próprio Estado, a coletividade ou até mesmo um ente sem personalidade jurídica, é o titular do bem jurídico específico tutelado pela norma penal, e não se confunde com o prejudicado ou lesado com o crime, que é todo aquele que sofre prejuízo, de natureza cível, decorrente da prática delituosa (Estefam e Gonçalves, 2011, pp. 150/151).

O professor Rogério Sanches Cunha (2018, p. 185) delinea acerca da

2] “O Estado é sempre sujeito passivo, em sentido genérico, já que todo crime perturba as condições de harmonia e estabilidade sociais, necessárias à consecução do bem comum, que é a sua finalidade. Será sujeito passivo direto de crimes que atentam contra sua entidade política ou administrativa.” (Noronha, 1993, p. 111 *Apud* Capez, 2012, p. 111)

importância da vítima no estudo da criminalidade em três fases diferentes. A do *protagonismo*, nos tempos primórdios até a Idade Média, a Justiça Privada reinava e a vítima assumia papel de destaque na definição da maneira como o criminoso seria apenado. A da *neutralidade*, quando o Estado assume a regulamentação do crime, deixando a vítima de ser objeto de estudo pela criminologia, que passou a focar no delito e no delinquente. Na terceira fase, temos a etapa do *redescobrimento*, com a percepção de que a vítima é elemento significativo no contexto criminológico, fazendo parte do processo do crime, antes mesmo do fato acontecer.

Afastada do processo, a vítima passa a ser verdadeiramente estigmatizada e utilizada de forma funcional, conforme os interesses de quem controla as estruturas de poder: quando o interesse é punir, a palavra da vítima é destacada; quando o interesse é proteger o criminoso, a palavra da vítima é desacreditada, rotulada de mentirosa, possuidora de outros interesses no processo; quando não, depende de produtos químicos etc. (Tasse, 2013, p. 116).

Em estudo sobre a vitimologia, cuja finalidade é explorar a vítima para além do ato delitivo, analisando o comportamento dela frente à lei, a partir de aspectos biossociológicos e psicológicos (Oliveira, 1996, p. 85 Apud Santos, 2017, p. 35), o período pós-Segunda Guerra Mundial é apontado como marco histórico para o redescobrimento da vítima nos estudos sobre o crime.

A grande redescoberta da vítima veio com o sofrimento, perseguição e discriminação das vítimas do Holocausto, e foi com os crimes perpetrados pelo nazismo que começaram a surgir, na metade do século passado, com mais seriedade, os estudiosos ligados à vítima. (...) Diante de tanto sofrimento, o mundo começou a se preocupar de como viveriam essas vítimas e o que estava sendo feito por elas. (Marques, 2001, p. 380).

Ao dissertar sobre as novas perspectivas do processo penal brasileiro, Rodrigues menciona que o despertar para as vítimas é sinal de evolução, na busca pelo reconhecimento da dignidade dos criminalmente ofendidos, tendência essa percebida nas legislações nacionais e internacionais, que passaram a buscar a inserção mais efetiva da vítima no processo com certo protagonismo (2012, p. 05/06).

Observa-se, no processo penal brasileiro, com as sucessivas alterações no Código de Processo Penal e legislação extravagante, que a vítima tem deixado de ter papel meramente secundário na resolução do conflito, passando a figura elementar na apuração dos crimes e definição das suas consequências.

1.2. A VÍTIMA COMO FIGURA DETERMINANTE NA AÇÃO PENAL

Em regra, nos termos do art. 110 do Código Penal, a ação penal é pública e será

promovida pelo Ministério Público³ (incondicionada – *caput* e §1º, primeiras partes c.c. art. 129, I, CRFB), sendo que, quando a lei exigir, dependerá de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (condicionada – §1º, segunda parte c.c. art. 24 do CPP).

Ocorre que, em caráter de exceção, quando a lei, expressamente, declarar ser a ação privativa do ofendido, essa será promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (privada – *caput*, segunda parte, e §2º). Além disso, poderá a vítima intentar ação privada nos casos de crimes de ação pública, quando o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal (privada subsidiária da pública – §3º c.c. art. 29, *caput*, do CPP).

Essa divisão atende a razões de exclusiva política criminal. Há crimes que ofendem sobremaneira a estrutura social e, por conseguinte, o interesse geral. Por isso, são puníveis mediante ação pública incondicionada. Outros que, afetando imediatamente a esfera íntima do particular e apenas mediamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública (do Ministério Público), mas condicionada à vontade do ofendido, em respeito à sua intimidade, ou do Ministro da Justiça, conforme for. São as hipóteses de ação penal pública condicionada. Há outros que, por sua vez, atingem imediata e profundamente o interesse do sujeito passivo da infração. Na maioria desses casos, pela própria natureza do crime, a instrução probatória fica, quase que por inteiro, na dependência do concurso do ofendido. Em face disso, o Estado lhe confere o próprio direito de ação, conquanto mantenha para si o direito de punir, a fim de evitar que a intimidade, devassada pela infração, venha a sê-lo novamente (e muitas vezes com maior intensidade, dada a amplitude do debate judicial) pelo processo. São os casos de ação penal privada (Capez, 2012, p. 156).

Além de a pessoa do ofendido ser aquela que geralmente noticia o crime às autoridades competentes, o constituinte e o legislador posicionaram o desejo da vítima como figura determinante à promoção da ação penal, seja como condição de procedibilidade (representação da vítima nos casos de ação penal pública condicionada), ou como legitimidade extraordinária para a promoção da ação penal privada, seja ela subsidiária da pública ou não.

Nos casos de ação penal pública condicionada, a atividade ministerial está subordinada à vontade da vítima, uma vez que só poderá ser ofertada denúncia se o ofendido, ou seu representante legal, assim autorizarem. Isso porque, “a despeito da sua gravidade, respeita a vontade daquele, evitando, assim, que o *streptitus iudicii* (escândalo do processo) se torne um mal maior para o ofendido do que a impunidade dos responsáveis.” (Capez, 2012, p. 165), tanto que, nem mesmo o

3] Inclusive, é a própria Constituição Federal que atribuiu, pelo art. 129, inciso I, ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública seja essa condicionada ou incondicionada.

inquérito policial pode ser iniciado sem a representação do vitimado (art. 5º, §4º, do CPP).

Na ação penal privada, ainda por questões de política criminal e em respeito ao desejo da parte ofendida, o Estado outorga à vítima o direito de ação, cabendo a ela, caso queira, exercer tal direito mediante queixa. Apresentando-se em quatro espécies diferentes, a ação penal privada pode ser: *exclusivamente privada*, sendo possível a propositura pelo próprio ofendido, representante legal ou, em caso de morte/ausência, pelos legitimados do art. 31 do CPP; *personalíssima*, ou seja, com titularidade exclusiva da vítima⁴; *subsidiária da pública*, após o decurso do prazo ao Ministério Público sem o oferecimento de denúncia; e *secundária*, quando a lei estabelecer uma modalidade de ação para determinado crime e, após, prevê uma nova espécie de ação para o mesmo delito, cuja natureza é secundária.

O tipo de ação penal está intimamente ligado ao caráter, público ou privado, do bem jurídico tutelado, bem como ao momento histórico vivenciado⁵. A representação apenas é necessária quando a lei determina expressamente que o ajuizamento da ação penal é condicionado a essa (Bonfim, 2009, p. 169).

No que se refere à maneira como a representação deve ser ofertada, já que a lei buscou valorizar mais a intenção do ofendido do que a formalidade em si, destaco que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina (Cunha; Pinto), segundo a qual não há exigibilidade de formalidade especial, bastando o manifestar da vítima no sentido de que deseja que o autor do fato seja processado, como, por exemplo, o registro, pelo próprio ofendido, de boletim de ocorrência, ou o manifesto oral na presença da Autoridade Policial ou do Juiz de Direito (2008, p. 41). Neste sentido, a parte final do Enunciado n. 25 do FONAJE: “Qualquer manifestação da vítima que denote intenção de representar vale como tal para os fins do art. 88 da Lei nº 9.099/95”.

A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis*, não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público (Bitencourt, 2012, p. 55).

Quanto ao prazo, conforme previsão do art. 38 do CPP e art. 103 do Código Penal, é de seis meses o *prazo decadencial* para exercício do direito de representação ou de queixa, contado a partir do dia em que se saber quem é o autor do crime ou do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia, sendo causa

4] “Sua titularidade é atribuída única e exclusivamente ao ofendido, sendo o seu exercício vedado até mesmo ao seu representante legal, inexistindo, ainda, sucessão por morte ou ausência. (...). Resta ao ofendido apenas aguardar a cessação da sua incapacidade” (Capez, 2012, pp. 184/185)

5] A exemplo disso, citam-se a as alterações legislativas relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual (Leis n. 12.015/09 e n. 13.718/18) e ao delito de estelionato (Lei nº 13.694/19).

de extinção da punibilidade (art. 107, inciso IV, do CP). Aos incapazes, o prazo não fluirá enquanto não cessar a incapacidade, mas aos representantes desses, sim.

No mesmo caminho, ofertada a representação e oferecida a denúncia, passa a ser irretratável, conforme art. 25 do CPP e art. 102 do CP. Em período anterior, antes do oferecimento da peça inaugural, a representação só poderá ser retratada⁶ pela mesma pessoa que a realizou.

Para além das hipóteses do exercício de representação, renúncia, retratação ou queixa, o Código de Processo Penal possibilita também ao ofendido, representante legal e às pessoas elencadas no *caput* do art. 31, que intervenham na ação penal pública como assistente do Ministério Público (art. 268 e seguintes). Mais uma vez, é possibilitado à vítima, ou quem a represente, um agir impulsionador, ativo e participativo no decorrer do processo criminal.

2. OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A VÍTIMA COMO MOTE CENTRAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O sistema judiciário no Brasil, há muito, se vê sufocado pelo excessivo número de processos, sejam eles de natureza cível ou criminal. Ao mesmo tempo em que isso reflete um acesso à justiça mais amplo e que possibilita aos cidadãos buscarem a tutela jurisdicional de seus direitos, faz acender o alerta de que, em tese, há um aumento das práticas criminosas e redução na solução extrajudicial dos conflitos, fatos geradores esses que, infelizmente, não são acompanhados pelo Poder Judiciário⁷.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previstos expressamente no art. 98, *caput*, e inciso I, da CRFB/88, apareceram como forma viável de o Estado alcançar a problemática, mas de um modo diferente, passando a adotar um procedimento oral e imediato, que conta com a participação popular na administração da justiça, revitaliza as vias conciliativas, além de resgatar e valorizar a figura da vítima.

A regulamentação legal se deu pela Lei nº 9.099/95, que, de logo, no art. 2º, disciplina que o processo buscará a composição civil ou a transação⁸, como forma

6] Sobre o direito de representação, de se fazer constar que, em se tratando de crime perpetrado contra pessoa do sexo feminino, no contexto de violência doméstica ou familiar de que dispõe a Lei nº 11.340/06, a “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. (Vide ADI 7267).” (art. 16, *caput*, LDV).

7] “A cifra oculta dos delitos é um fenômeno a ser considerado na análise das estatísticas criminais, posto que a criminalidade real é muito maior que a oficialmente registrada. E há vieses nas notificações dos crimes, os quais produzem uma visão distorcida do fenômeno criminal. O sistema penal não consegue lidar com a totalidade dos crimes de uma sociedade, o que o torna instrumento seletivo de pessoas e de condutas.” (Mandarino, Braga e Rosa, 2017, p. 297)

8] “O sistema multiportas é uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema de judicial de solução de conflitos. Essas formas poder ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes. (...)

Ínúmeros são os móvitos que incentiva, a busca pelos métodos de solução de conflitos, especialmente a longa duração dos processos judiciais e os custos envolvidos na sua utilização, com o objetivo de analisar diversos requisitos, especialmente celeridade, racionalidade e economia na sistemática dos interesses em jogo.” (Guerrero, 2012, p. 13)

de assegurar o direito fundamental à duração razoável do processo. Por isso, antes mesmo do oferecimento de denúncia ou instrução processual, em fase preliminar, analisa-se a possibilidade de o suposto infrator ser beneficiado com a transação penal, a conciliação, a composição de danos civis e penais (artigos 69 a 76).

Dos institutos, destaco que as propostas de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ao infrator, desde que atendidos os pressupostos subjetivos e objetivos previstos em lei, são a demonstração concreta do respeito aos princípios do JECRIM, com enfoque na reparação dos danos sofridos pela vítima, sem que o autor da infração tenha sua liberdade cerceada.

Nítida é a intenção do legislador de evitar maiores discussões quando o fato trazer consequências apenas na esfera cível, não obstante constituir um ilícito penal, porém de menor complexidade (ou gravidade) lesiva. É o legislador tentando substituir cada vez mais a sanção penal pela reparação dos danos causados à vítima ou ao ofendido. Repara os danos sofridos pela vítima e encoraja o autor dos fatos a repará-los para evitar ação penal. Pensa o legislador que as pessoas não estão preocupadas com a punição penal, mas sim, com a reparação dos danos (Rangel, 2011, p. 287).

Abdica-se, inicialmente, de uma justiça retributiva, cuja sanção, muitas vezes, é meramente punitiva, para ceder espaço a um modelo de justiça restaurativa que conjuga punição do sujeito criminoso com satisfação do ofendido.

É que a justiça *restaurativa* volta seus olhos ao ato danoso, aos envolvidos, quais sejam, vítima, infrator e comunidade, aos prejuízos causados e às possíveis soluções da demanda, oposto do que acontece na *retributiva*, em que o foco está na violação ao texto legal e na determinação da culpa.

Segundo Pinto (2005, p. 20 e 21), por meio da justiça restaurativa, o Estado responde, de maneira eficaz, as demandas apresentadas pela sociedade, respeitando os direitos e garantias constitucionais da ressocialização do criminoso e da reparação às vítimas e à sociedade, ao passo em que promove, no âmbito criminal, uma democracia participativa dos personagens envolvidos na problemática.

O possibilitar das partes em compor e transacionar faz contemplar aspectos subjetivos que vão além da prática delitiva, pois envolve o sentimento, a vontade e as emoções do ofendido, o experimentar de uma justiça prática e ser colocado em uma posição de importância e respeito.

O enfoque da justiça restaurativa, que permite à vítima mecanismo para participar da solução do conflito em que está envolvida, bem como lhe proporciona mecanismos céleres de acesso à justiça, além de medidas para a preservação dos direitos de cidadania. E mais: o tratamento aplicado ao criminoso também lhe garante dignidade e preservação de seus direitos, na obrigação de reparação dos danos que ele causou à vítima (Macedo, 2013, p. 107).

A participação da vítima deve ser reafirmada como um processo positivo à pessoa ofendida, com a atenção necessária à situação de vulnerabilidade dessa, sob pena de revitimização e desproteção. Na prática forense do JECRIM, observa-se outras tendências à colocação da vítima, seus desejos e sua presença, como fator determinante ao prosseguimento do feito criminal. Isso fica claro nos enunciados editados no Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE⁹; citam-se os enunciados nº 25, nº 99, nº 113 e nº 117.

Portanto, apesar de todas as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em ofertar o acesso à justiça aos jurisdicionados, por meio de sistemáticas adotadas pelo legislador e pelos operadores do direito, como as do Juizado Especial Criminal, compartilha-se com a comunidade o dever de vigilância, participação e interesse nas problemáticas de natureza criminal, para que, assim, o resultado final seja o mais benéfico para todos e não a punição pelo simples punir¹⁰.

3. A VÍTIMA COMO ELEMENTO DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

3.1 A oitiva da vítima durante a fase judicial da colheita de provas

Para além do desejo da vítima em ver o infrator processado pelo fato criminoso, há a necessidade de ela ser ouvida durante a instrução processual, tendo sua palavra especial relevância probatória.

O Código de Processo Penal garante a necessidade de intimação e oitiva da vítima para participar dos atos processuais. O ofendido deve ser ouvido pelo Juízo, independentemente de requerimento das partes, pois algumas informações só podem ser esclarecidas, de maneira satisfatória, por ele, contribuindo para o deslinde do processo. Apesar de não ser testemunha, a oitiva da vítima é obrigatória não só por determinação legal (art. 201 do CPP), com a expressão sempre que possível, mas também porque, “no processo penal, como se sabe, vige o princípio da verdade real, isto é, deve o juiz buscar todos os meios lícitos e plausíveis para atingir o estado de certeza que lhe permitirá formar o seu veredicto” (Nucci, 2014, p. 150).

Em sendo o caso de nenhuma das partes arrolar a pessoa ofendida, o magistrado deverá, de ofício, determinar a oitiva dela, sob pena de enfraquecer a colheita e fazer constituir nulidade relativa.

Sempre que possível, o ofendido deve ser ouvido pelo juiz (art. 201, caput, do CPP), ainda que não tenha sido arrolado pelas partes. Só

9] Em que pese seja questionável a aplicabilidade dos enunciados do FONAJE, porquanto esses não têm natureza de precedente, ou força vinculante e obrigacional, para o presente estudo, as deliberações e publicações do Fórum Nacional revelam a tendência, cada vez mais forte, de que, nas situações em que a vítima é a principal interessada na demanda, fica depositada nela a responsabilidade de se fazer presente na demanda e explicitar suas intenções.

10] Sobre a função social da pena, Masson explicita que “não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A sanção penal deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.” (2014, p. 107)

em hipótese de absoluta impossibilidade pode-se prescindir da oitiva do ofendido, “como no caso de falecimento, incapacidade absoluta, desaparecimento e outras insuperáveis”. A falta de sua oitiva, contudo, constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento pressupõe oportuna arguição e demonstração de prejuízo (Reis e Gonçalves, 2012, p. 284).

É certo que a Lei de Ritos Penais aponta um poder-dever do magistrado¹¹ de realizar a oitiva do vitimado durante a colheita de provas, porém, mesmo se assim não fosse, caberia a ele a obrigação de apurara a verdade dos acontecimentos, tomando posição ativa no processo¹². Lembrando que “o direito à prova das partes não é incompatível com o poder instrutório do juiz” (Badaró e Ivahy, 2003, p. 114).

Determinada a oitiva da vítima, seja por requerimento das partes ou de ofício, o comparecimento do ofendido ao ato processual é obrigatório, devendo contribuir para com a Justiça, podendo, caso deixe de comparecer sem motivo justo, ser conduzido à presença da autoridade judicial (Capez, 2012, p. 449).

3.2. RELEVÂNCIA E PREPONDERÂNCIA PROBATÓRIA

O ofendido, na instrução processual, não se confunde com testemunha, não prestando compromisso legal de dizer a verdade e não sendo computado no rol apresentado pelas partes. Por conseguinte, afastada a hipótese de o vitimado ser responsabilizado por falso testemunho, o que não obsta, por outro lado, a prática do crime de denúncia caluniosa (Capez, 2012, p. 449).

Para a doutrina, a força probatória *relativa* das declarações do ofendido é a regra, devendo ser considerada com cautela¹³.

“Em virtude do sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório do ofendido é relativo. Logicamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de relevância, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto. É o que acontece, por exemplo, em crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais ermos, sem testemunhas presenciais etc. A hipótese é que as declarações da vítima revestem-se de especial relevância” (Lima, 2018, p. 702).

11] TJMS – Mandado de Segurança n.º 1404635-39.2017.8.12.0000. Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. Página 20 do Caderno 2 - Judicial - 2ª Instância do Diário de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (DJMS) de 18 de agosto de 2017.

12] “A iniciativa oficial no campo da prova não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina a produção de prova não requerida pelas partes, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão” (Grinover et. al, 2016, p. 11).

13] “O conteúdo das declarações, por partir de pessoa diretamente interessada, recomenda certa cautela. Contudo, não há dúvidas de que tais declarações são meio de prova, fundamentais em crimes de pouca visibilidade, como, por exemplo, nos crimes sexuais” (Távora e Alencar, 2013, p. 449).

Ao tratar da temática, Nucci socorre-se aos ensinamentos, em psicologia judiciária, de Altavilla (1981, pp. 155/157) e lembra que, como já visto acima, a vítima é pessoa que foi envolvida diretamente pela prática delitiva, motivo pelo qual poderá estar “coberta por emoções perturbadoras do seu processo psíquico, levando-a à ira, ao medo, à mentira, ao erro, às ilusões de percepção, ao desejo de vingança, à esperança de obter vantagens econômicas e à vontade expressa de se desculpar” (2014, p. 150).

As declarações prestadas pela vítima não serão absolutas, mas podem e devem embasar o decreto condenatório ou absolutório, principalmente quando corroboradas por outras provas.

O que relativiza a prova oral extraída da vítima é o interesse dela no desdobramento do processo, e não a (in)capacidade probatória dela em possibilitar um decreto condenatório. Exemplo disso são os casos de pessoas idosas vítimas de violência patrimonial por seus próprios familiares. Na grande maioria das vezes, os anciãos tentam justificar os agires dos entes queridos, protegê-los de todo e qualquer mal decorrente do processo, colocando-se, erroneamente, na condição de corresponsáveis pelo delito.

Relativiza-se, assim, a percepção da pessoa ofendida sobre os fatos delituosos para a proteção de um bem jurídico maior. A parcimônia e o cuidado necessários à apreciação do narrado pelo ofendido estão ligados a um processo penal justo e não ao descrédito à vítima. Tanto que, na hipótese de crimes perpetrados às escuras, às escondidas, na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, como é o caso em que, na grande maioria das vezes, ocorrem os delitos que atentam contra a dignidade sexual e no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima passa a gozar de especial relevância, cujo posicionamento jurisprudencial é o assentado pelo Supremo Tribunal Brasileiro e pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.3 A VÍTIMA E A FIXAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI Nº 11.340/06

Para além da instrução processual, antecedendo até mesmo a existência de um inquérito policial, o manifestar da vítima acerca dos fatos serve, para fins de proteção dela, de testemunhas e de familiares, como instrumento viável à fixação de medidas protetivas de urgência.

A própria Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (Lei nº 11.340/06) confere à vítima a possibilidade de postular a aplicação de medidas protetivas de urgência (art. 19, *caput*, parte final), as quais poderão ser aplicadas em relação à pessoa do agressor e também à pessoa do ofendido (artigos 22 a 23), isoladas ou cumulativamente, sem olvidar a possibilidade de substituição por outras de maior eficácia e de revisão daquelas já concedidas.

Uma das grandes novidades introduzidas pela Lei Maria da Penha foi permitir que a aplicação de medidas protetivas de urgência seja postulada pela própria vítima perante a autoridade policial. Com efeito, ao fazer o registro de uma violência doméstica e familiar contra

a mulher, a vítima pode requerer pessoalmente a separação de corpos, alimentos provisionais ou provisórios, distanciamento do agressor, etc., providências estas que podem ser pleiteadas mesmo sem estar ela representada por profissional da advocacia. Por mais que a Lei nº 11.340/06 expressamente assegure à mulher em situação de violência acesso aos serviços da Defensoria Pública ou da Assistência Judiciária Gratuita (art. 28), o pedido por ela formulado de decretação de medida protetiva de urgência em sede policial não precisa ser necessariamente subscrito por advogado. Tanto é verdade que o próprio art. 27 dispõe que a mulher em situação de violência deverá estar acompanhada de advogado em todos os atos processuais, cíveis e criminais, salvo na hipótese do art. 19 da Lei nº 11.340/06, exatamente o dispositivo legal que lhe outorga legitimidade para o requerimento de decretação das medidas protetivas de urgência (Lima, 2020, p. 1291).

De natureza cautelar, a concessão de medidas protetivas de urgência pelo magistrado, até mesmo de imediato, sem a oitiva do Ministério Público, está condicionada à presença de dois pressupostos, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, e se dá em sede de cognição sumária, isso porque “as medidas protetivas de urgência não têm natureza de sanção penal e têm a finalidade de proteção da vítima” (Habib, 2016, p. 849).

Em que pese caiba ao magistrado analisar quais as medidas cautelares que melhor atenderão as necessidades da ofendida, os desejos da vítima, por mais uma vez, assumem especial relevância à concessão da tutela jurisdicional, porquanto ela, como ninguém, conhece o agir, o comportamento e os limites daquele com quem a violentou, assim, ao pleitear determinadas medidas em específico, é por acreditar que aquelas terão o condão de protegê-la.

Neste palmilhar que, conforme já sedimentado pelos Tribunais de Justiça Pátrios, a palavra da vítima também tem especial relevância para fins de concessão, manutenção e revisão de medidas protetivas de urgência. Vide Informativo nº 75, de 14 de novembro de 2022, do STJ e REsp 1.775.341.

Experimenta-se, portanto, não um mero escutar da vítima, mas conhecer sua perspectiva acerca do fato criminoso que a vitimou, as consequências, os possíveis prejuízos, as necessidades que derivaram da prática; conhece-se para além da autoria e materialidade do crime pela contribuição da pessoa ofendida. E, mais, se for o caso, respeitar que a vítima de violência doméstica permaneça em silêncio (Enunciado nº 50 do FONAVID).

4. A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Não raramente, percebe-se que a população, sobretudo aquela menos abastada, exerce o pensar de que a justiça não serve a todos, mas a uma determinada parcela de pessoas, haja vista ser idealizada por ângulo que evidencia a excessiva burocracia, formalismos, ambientes, trajes e posturas que, somados, intimidam

aqueles que mais precisariam socorrer-se ao Poder Judiciário¹⁴.

Ao considerarmos a justiça como mecanismo de controle social, a seletividade dessa obsta a almejada isonomia de fato entre as pessoas, bem por isso que “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos” (Cappelletti e Garth, 1988, p. 12).

Além disso, as vítimas precisam ser empoderadas. A justiça não pode simplesmente ser feita para ela e por elas. As vítimas precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo. Uma das dimensões da justiça deve ser a restituição desse poder. No mínimo, isso significa que elas devem ser peça principal na determinação de quais são suas necessidades, e como e quando devem ser atendidas. Mas as vítimas deveriam participar de alguma forma do processo como um todo.

As vítimas têm necessidade de segurança, reparação, justificação e empoderamento, mas precisam, especialmente, encontrar significado (...). As vítimas precisam encontrar respostas para suas dúvidas sobre o que aconteceu, por que aconteceu e o que está sendo feito a respeito (...). Somente a própria vítima pode responder algumas questões, embora talvez possamos ajudar na busca das respostas. Mas algumas dessas questões dizem respeito aos fatos. Quem fez, por que, que tipo de pessoa ele/ela é, e o que está sendo feito a respeito? No mínimo, a justiça deve oferecer informações acerca dessas perguntas (2008, p. 183).

Os reflexos deste pensar estão traduzidos em letra de lei. Para além das questões já dedilhadas nestes estudos, como o direito de representação da vítima, obrigatoriedade de oitiva durante a instrução criminal e a possibilidade de postular em juízo a aplicação de medidas protetivas de urgência, o ofendido tem outras prerrogativas.

Muitas delas são resultados das inovações legislativas trazidas pela Lei nº. 11.690/08, que deram uma roupagem à figura da vítima no processo, qual seja, a de pessoa que merece proteção e amparo estatal, de maneira que os impactos diretos e indiretos relacionados à prática delitiva e ao processo que dela derivar sejam minimizados, isso na tentativa de resgatar décadas de esquecimento (Távora e Alencar, 2013, p. 449).

O dever de comunicação ao vitimado a respeito dos atos processuais relativos à designação de data para audiência, à sentença e eventuais acórdãos que a mantenham ou modifiquem, bem como ao ingresso e à saída do infrator da prisão (art. 201, §2º, do CPP), no endereço por ele indicado, sendo opcional o uso de meio eletrônico (art. 201, §3º, do CPP), garante que ele tenha conhecimento a respeito

14) “Há falhas que vão desde a prevenção do crime (v.g., desigualdades sociais gritantes, ausência de policiamento ostensivo, precárias condições materiais de investigação, baixos índices de escolaridade etc.), passam pelos órgãos legiferantes, de persecução e jurisdição penal, e terminam no caótico e desacreditado sistema de execução penal” (Coêlho, 2016, p. 11).

do andamento do processo, o que se estende desde a fase de investigação até a de eventual execução da pena.

Como forma de assistência ao ofendido, os §4º e §5º do art. 201 do CPP preveem a reserva de espaço, em separado, para a vítima, antes do início da audiência e durante a realização do ato, e a possibilidade de o magistrado, se assim entender necessário, encaminhá-la para atendimento multidisciplinar, a ser custeado pelo Estado ou pelo próprio ofensor, medida essa que, embora interessante, dificilmente funciona na prática, eis que a grande maioria dos infratores compõem a parcela pobre da população e o Estado não consegue, pelos aparelhos de saúde e assistência social públicos existentes, absorver toda a demanda existente (Nucci, 2014, p. 151).

Na sequência, o mencionado dispositivo legal traz, no §6º, medida assecuratória à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do ofendido, por meio da possibilidade de o magistrado determinar segredo de justiça em relação às informações constantes dos autos a respeito dele¹⁵.

Passados anos desde então, não raramente tais deveres legais são desrespeitados, necessitando o juiz ser provocado para o atendimento à norma processual. Não à toa, em 2019, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, ao publicar o “Guia Prático de Atuação do Ministério Público na Proteção e Amparo às Vítimas de Criminalidade”, fez constar a sugestão de que os órgãos de execução pleiteiem na cota da denúncia ou da representação “que os direitos das vítimas sejam expostos expressamente no verso do mandado judicial de intimação ou notificação, no caso de processo-crime e ou processo socioeducativo” (Brasil, 2019, p. 22).

Também no ano de 2008, com a sanção da Lei nº 11.719, o art. 387, inciso IV, do CPP teve sua redação alterada, fazendo constar que, o juiz, ao proferir a sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, cuja finalidade principal é “tornar mais célere a definição dos limites da obrigação de o réu indenizar a vítima do crime, pois, sem a fixação de um valor mínimo, esta, necessariamente, teria que pleitear no cível a liquidação da sentença criminal para, só depois, executá-la” (Reis e Gonçalves, 2012, p. 556), ou seja, facilitar as coisas àquela que, em momento anterior, teve seu direito transgredido por ação criminosa de outrem.

Em que pese a ação legislativa seja digna de festejo, sua singela e objetiva redação ocasiona questionamentos acerca de como apurar a apuração dos danos, se de natureza meramente patrimonial ou com extensão aos morais, legitimidade, obrigatoriedade de pleito pela parte autora, possibilidade de o Juízo decidir sobre a temática de ofício.

15] Não se tratando de inovação legislativa, uma vez que o art. 792, 1º do CPP já previa a possibilidade de decretação de sigilo dos autos, Nucci faz uma importante observação a respeito de o art. 201, §6º, do CPP necessitar ser interpretado em conluio às normas constitucionais que dispõem a respeito dos atos processuais. Como regra (art. 93, inciso IX, da CRFB/88), os julgamentos são públicos. Isso, somado à liberdade de imprensa (art. 220, §1º, da CRFB/88), segundo ele, resulta na ideia de que “não se pode dar plena vazão ao art. 201, § 6º, do CPP, quando se tratar de vítima de destaque, seja no âmbito político ou em qualquer setor público, pois a intimidade deve ser preservada, desde que não prejudique o interesse público à informação” (2014, p. 151), tratando-se de um confronto a ser apreciado pelo magistrado, considerando cada caso concreto, já que, de um lado, está o indivíduo e sua privacidade e, do outro, o coletivo e o acesso à informação.

Com entendimento divergente na doutrina¹⁶, de valia nos socorrermos à jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça¹⁷, em recurso especial submetido ao rito dos repetitivos, firmou a tese de que, nos casos de crimes de violência perpetrados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, a fixação de valor mínimo de reparação a título de dano moral é possível, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, independentemente de instrução probatória e mesmo sem quantia especificada.

De outro lado, a Corte Cidadã¹⁸, quanto aos danos materiais causados pela infração, entende, desde o ano de 2018, que, além de existir pedido expresso na inicial acusatória, são necessárias a indicação de valor e a instrução probatória específica acerca dos prejuízos suportados.

Burile-se que é admitida a fixação de valor mínimo de reparação aos herdeiros da vítima por intelecção do art. 63, *caput* e parágrafo único, do CPP, no caso de falecimento dessa, eis que transmissível a esses.

Às voltas mais atuais, a Lei nº 13.964/19¹⁹, incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, de modo que, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, poderá o Ministério Público propor acordo de não persecução penal ao investigado mediante ajuste de condições, alternativas ou cumulativas, dentre as quais está a de “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo” (inciso I), com a previsão de que deve a vítima ser intimada da homologação do mencionado acordo e de seu descumprimento (§9º), inexistindo previsão legal para que ela participe do ato de celebração do acordo, o que também não é vedado.

Embora a lei preveja que a vítima somente será intimada da homologação do acordo, não há qualquer óbice para que a vítima seja antes convidada a participar da realização do ANPP, aplicando-se aí as práticas restaurativas. Pelo contrário, como visto, em decorrência das Resoluções do CNJ (225 e 288), entendemos que o juiz tem toda liberdade e autonomia para aplicar a JR²⁰ durante o ANPP, tornando, quem sabe, mais eficiente e eficaz o acordo, tudo em atendimento da vontade última do legislador. Com isso, ao invés de se realizar um acordo apenas formal, de reparação meramente pecuniária dos danos, sem maior significado para a vítima e para os demais envolvidos (ofensor e demais atingidos, como familiares e comunidade), acredita-se que a aplicação da JR no ANPP trará resultados restaurativos mais significativos, o que se coaduna perfeitamente com a atual Política

16] Vide Nucci, 2014, pp. 82/83 e Capez, 2012, p. 212.

17] (STJ); REsp 1.675.874; Proc. 2017/0140304-3; MS; Terceira Seção; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; Julg. 28/02/2018; DJE 08/03/2018; Pág. 1530).

18] (STJ); AgRg-REsp 1.724.625; Proc. 2018/0036605-5; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 21/06/2018; DJE 28/06/2018; Pág. 3036)

19] Antes disso, o Conselho Nacional do Ministério Público já havia editado a Resolução 181/2017 sobre o instituto.

20] Justiça Restaurativa (JR).

Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, prevista na Resolução 225 do CNJ (Godoy, Machado e Delmanto, 2020, p. 6).

Inexiste desvantagem ao ofendido com a celebração de acordo de não persecução penal; pelo contrário, os interesses dele são atendidos de maneira mais imediata, considerando a necessidade de reparação dos danos sofridos, seguindo a tendência criminológica de voltar-se à valorização da vítima no processo penal.

Pode o Ministério Público, como legitimado para propor o acordo previsto no art. 28-A do CPP, adotar, até mesmo como política institucional, de resgate ao ofendido e de integração direta à sociedade, a postura de ouvir a vítima, conhecer, por ela, os prejuízos que sofreu, para além de um auto de avaliação confeccionado em Delegacia de Polícia, explicar o funcionamento do processo e, a depender do caso em concreto e concordância, convidá-la a participar da celebração do acordo.

Posturas como essa refletem na sensação de acolhimento, respeito e confiança, criando um elo entre o sujeito ofendido e os órgãos de execução e justiça, desconstruindo, aos poucos, a percepção de desamparo, distanciamento, segregação e impunidade.

Citando a doutrina de Cabral (2020), Bueno (2020, p. 5) coloca que a ideia de atenuar e reparar os danos, por meio do acordo de não persecução penal, desagua na celebração da justiça, objetivo do sistema penal, em uma espécie de nova política criminal.

Fato é que a justiça ocorre de muitas formas. Alguns tendem a crer que a divina tudo resolverá, outros desacreditam em todo e qualquer ideal de justo, e ainda alguns que percebem no Poder Judiciário a solução para os problemas em geral, até mesmo quando a problemática ultrapassa os limites do mecanismo de controle social. Por relativo que é, o justo mostrar-se-á, rotineiramente, questionável aos que tiveram seus direitos violados, sendo imprescindível, como se tendência, cada vez mais, retirar esses do campo da ignorância e colocá-los não só à disposição da justiça, mas a justiça à disposição deles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que, para além do Estado, vítima constante das práticas delitivas, há um sujeito passivo eventual que tem interesse direto com as consequências de fato e de direito relacionadas à infração penal.

Equivocada a ideia de que o ofendido deseja, incessantemente, que o Estado puna o criminoso, da forma que for, pelo ato criminoso cometido. Daí a importância de conhecer, da vítima, suas vontades, sua versão acerca dos fatos, suas perspectivas acerca do processo e seus interesses. Isso não significa retornarmos à Justiça Privada, mas sim o redescobrir da figura do ofendido como forma de solucionar a demanda da maneira mais rápida, eficiente e eficaz aos interessados.

Possibilitar à vítima ingressar com ação penal privada, condicionar a ação penal pública à representação da vítima, dispor ao ofendido o direito de prestar assistência ao Ministério Público nas ações penais públicas e de requerer medidas protetivas de urgência, nos casos de violência contra a mulher no âmbito doméstico

e familiar, demonstram que essa figura é sujeito do processo penal, que precisa, sempre que possível, ser ouvido em Juízo, sendo suas palavras consideradas e, em casos específicos, dotadas de especial relevância, para a condenação ou absolvição do acusado.

Experimenta-se, também, o protagonismo da vítima nos Juizados Especiais Criminais, que prioriza a composição entre as partes, sob a égide da Justiça Restaurativa, de maneira que a vítima seja reparada dos danos que sofreu, isso, se ainda tiver e demonstrar o desejo de que o fato criminoso comunicado à autoridade competente produza efeitos para além do procedimento investigatório, conforme externam os enunciados do FONAJE.

Com reformas legislativas como aquelas operadas pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719 e n. 13.964/19 fica nítido o intuito do legislador em aproximar a vítima do sistema de persecução criminal, de modo que, seja comunicada de atos processuais importantes, tenha sua intimidade preservada, receba atendimento multiprofissional e conquiste a reparação do prejuízo suportado.

O que se promove com tudo isso é um efetivo acesso à justiça, que aproxima a população de algo que parece ser tão distante e seletivo. Acolher a vítima não é só possibilitar a ela registrar um boletim de ocorrência na Delegacia de Polícia mais próxima ou fornecer o número de um processo, que, geralmente, sequer sabe acessar ou compreender o que está acontecendo, mas sim torná-la ciente de seus direitos como tal, estimular seu empoderamento enquanto pessoa ofendida, explicar, intimar, ouvir, conhecer, amparar e outras tantas coisas que vão além de uma sequência numérica gerada por um sistema eletrônico.

Insuficiente que o papel de protagonismo da vítima seja resgatado pelo legislador, é preciso que isso se dê no dia a dia da prática forense, estimulando um comprometimento recíproco entre os órgãos da Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública e a população, e reestabelecendo a confiança já rompida pela cotidiana sensação de impunidade, por vezes pautada na ignorância provocada pelo distanciamento do sujeito vítima do processo criminal.

A persecução penal é, ao fim, um conflito de interesses que, na atualidade, exige dos atores uma mudança de perspectiva na forma de resolução das disputas, permitindo o reestabelecimento não só da ordem social, mas das relações pessoais abaladas pela aplicação da repressão estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Altavilla, Enrico. Psicologia judiciária. 3. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 1 e 2. Apud Nucci, Guilherme de Souza Manual de processo penal e execução penal / 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivany. Ônus da prova no processo penal / Gustavo Henrique Righi Ivany Badaró – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Bitencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal: parte geral, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título. CDU-343(81).

Bonfim, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 4. ed. de acordo com as Leis n.

11.689/2008 e 11.719/2008 – São Paulo: Saraiva, 2009.

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. Guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade. – Brasília: CNMP, 2019. 40 p. Disponível em <<https://cutt.ly/MgD2v1H>> acesso em 16.03.2025.

Cabral, R. L. F. Manual de Não Persecução penal. 1ª. ed. Salvador Bahia: JusPODIVM, v. I, 2020. Apud Bueno, Michelly Ribeiro. O acordo de não persecução penal à luz da Lei nº 13.964/2019 Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em < <https://cutt.ly/zgD2niO>> acesso em 16.03.2025.

Capez, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Graciel Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

Coêlho, Marcial Duarte. Direito Fundamental à Segurança e o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente: A Necessária Releitura do Art. 152, CPP. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição| e-ISSN: 2526-0200| Curitiba|v. 2 | n. 2 | p. 399 - 419 | Jul/Dez. 2016. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1426>> acesso em 16.03.2025.

Cunha, Rogério Sanches; Pinto, Ronaldo Batista. Processo Penal – Doutrina e prática.

Editora: JusPodivm, 2008. Disponível em < <https://cutt.ly/pgD2N0U> > acesso em 04.11.2020.

Estefam, André. Direito penal esquematizado: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Gonçalves, Victor Eduardo Rios. II. Título.

Godoy, Guilherme Augusto Souza. Machado, Amanda Castro. Delmanto, Fabio Machado de Almeida. A Justiça Restaurativa e o Acordo de Não Persecução Penal. Boletim

Grinover, Ada Pellegrini et al. Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Tarrufo; coordenador Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

Guerrero, Luis Fernando. Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-09042013150524. Disponível em <<https://cutt.ly/KgD2Wh9>> acesso em 04.11.2020.

Habib, Gabriel. Leis Penais Especiais volume único: atualizado com os Informativos e Acórdãos do STF e do STJ de 2015 I coordenador Leonardo de Medeiros Garcia - 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 6. ed., rev., ampli. e atual. – Salvador; Ed. JusPodivm, 2018.

Lima, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada: volume único – 8. ed., rev., ampli. e atual. – Salvador; Ed. JusPodivm, 2020.

Macedo, Maria Fernanda Soares. Justiça Restaurativa: a importância da participação da vítima na pacificação dos conflitos. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 95-109, abr. 2013. Disponível em <https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/doutrina/justica_restaurativa/jr_a_importancia_da_participacao_da_vitima.pdf> acesso em 16.03.2025.

Mandarino, Renan Posella. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. NOMOS, Larissa Rosa. A Participação da Vítima no Controle da Cifra Oculta da Criminalidade. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.V. Fortaleza, v. 37.1, jan./jun. 2017, p. 281-299. Disponível em <<http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/562/100>> acesso em 16.03.2025.

Marques, Oswaldo H, Fuek. A perspectiva da vitimologia em atualidade jurídica. 3ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2011. APUD Raul Fagundes dos Santos Garça – São Paulo - Brasil 2017. Oliveira, Frederico

Abraão. Manual de Criminologia. Porto Alegre. Sagra, 1996 APUD Raul Fagundes dos Santos Garça – São Paulo – Brasil 2017.

Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993; 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2. Apud Capez, Fernando Direito penal simplificado: parte geral – 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil.

Nucci, Guilherme de Souza Manual de processo penal e execução penal – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Nucci, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6. Ed. Ver, atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense. 2015.

Pallamolla, Raffaella da Porciuncula, 1982- Justiça restaurativa: da teoria à prática / - 1.ed. - São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; De Vitto, R.; PINTO, R. (Orgs.). Justiça restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2005. pp. 19-40. Disponível em <<https://cutt.ly/2gD2T13> > acesso em 16.03.2025.

Rangel, Paulo. Direito processual penal. 18 ed. rev. ampl. atual. 1ª tiragem. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

Reis, Alexandre Cebrian Araújo. Direito processual penal esquematizado / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Rodrigues, Roger de Melo. A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-29082013-135837. Acesso em: 202010-21. Disponível em < <https://cutt.ly/DgD2xNZ> > acesso em 04.11.2020.

Separovic, Z. Paul. *Victimology*. In: PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia. Rio de Janeiro: Biblioteca Freitas Bastos. 1993. p. 89. Apud Reinaldo Andres Marques da Silva, Airton Lemos. Breve histórico da vitimologia: análise de caso acerca da influência da conduta da vítima para o ato ilícito do agente. Disponível em

<<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/225/190>> acesso em 04.11.2020.

Taruffo, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 200/201.

Tasse, Adel El. Criminologia / Adel El Tasse – São Paulo: Saraiva, 2013. – Coleção saberes do direito; v. 58.

Távora, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. Curso e direito processual penal. 8. ed., rev., ampli. e atual. – Salvador; Ed. JusPodivm, 2013.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Comentários à lei dos juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 2000.

Zehr, Howard. Trocando as Lentes. Um Foco Sobre o Crime e a Justiça. Justiça Restaurativa. Palas Athena, 2008. Disponível em <<https://faculadadedombosco.net/wpcontent/uploads/2016/10/Zehr-PDF-EAD-JR21.pdf>> acesso em 04.11.2020.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA EM PREJUÍZO DE VÍTIMAS VULNERÁVEIS

JOÃO AUGUSTO ARFELI PANUCCI¹

RESUMO

O presente trabalho científico abordará a possibilidade de emprego da tese de clemência nos julgamentos em plenário do Tribunal do Júri, especialmente quando o crime possuir como sujeito passivo direto uma vítima vulnerável. Inicialmente, buscaremos compreender no que consiste a vulnerabilidade para fins jurídicos e criminais, bem como verificar a existência de tais grupos na realidade brasileira. Posteriormente, analisar os fundamentos jurídicos da clemência e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico interno e internacional. Por fim, serão feitos apontamentos sobre a inconstitucionalidade e inconveniência da clemência quando em oposição a direitos e garantias fundamentais de vítimas vulneráveis.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Clemência. Plenitude de Defesa. Grupos Vulneráveis.

ABSTRACT

This scientific work will address the possibility of employing the thesis of clemency in the Jury Trial judgments, especially when the crime has a vulnerable victim as the direct passive subject. Initially, we will seek to understand what vulnerability consists of for legal and criminal purposes, as well as to verify the existence of groups in Brazilian reality. Subsequently, the legal grounds for clemency and its compatibility with domestic and international legal frameworks will be analyzed. Finally, remarks will be made on the unconstitutionality and unconventionality of clemency when it opposes the rights and fundamental guarantees of vulnerable victims.

KEY-WORDS: Jury Court. Clemency. Full Defense. Vulnerable Groups.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri sempre atraiu holofotes e esteve em foco na sociedade brasileira, captando a atenção e encantando os cidadãos. Talvez por este deslumbramento social, o Plenário do Júri se tornou palco para as mais diversas formas de atuação dos sujeitos processuais, por vezes usando o espaço para autopromoção e sem compromisso com a dogmática jurídica.

No presente trabalho, buscou-se demonstrar que, por detrás dos ares de consternação que as teses absolutórias buscam criar, há outros direitos, que não os do réu, que necessitam de tutela no Plenário do Tribunal do Júri.

1] Promotor de Justiça Substituto do Ministério Público de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

Assim, fez-se necessário destacar que os crimes dolosos contra a vida, por vezes, são praticados contra vítimas vulneráveis, as quais demandam especial proteção, de acordo com preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal e reconhecidos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Diante deste conflito, procuramos evidenciar que os princípios da plenitude de defesa e soberania dos vereditos não são absolutos do ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, em casos concretos, serão sobrepostos por direitos humanos e fundamentais protetivos de grupos vulneráveis.

A elaboração deste trabalho se valeu, prioritariamente, dos métodos científicos dedutivo e hipotético-dedutivo.

1. GRUPOS VULNERÁVEIS: DEFINIÇÃO E PROTEÇÃO

A definição de vulnerabilidade e, por via de consequência, dos indivíduos e grupos vulneráveis, não é estática.

Imprescindível, portanto, ter em mente que o reconhecimento dos referidos grupos será variável a depender do critério de classificação utilizado: histórico, nacionalidade, condições geográficas, espécie de vulnerabilidade, eventos lesivos, marcos temporais, entre inúmeras outras hipóteses e possibilidades.

Neste sentido, inicialmente, é necessária a fixação de uma premissa básica: o presente trabalho possui o fito de analisar aspectos relacionados à realidade criminal brasileira, notadamente na seara do Tribunal do Júri.

Dito isso, sem desprezar e reconhecer a existência de outros coletivos relevantes, dentro da profundidade restrita a que este estudo se propõe, buscaremos a definição de grupos vulneráveis existentes na sociedade brasileira atingidos por atos de violência contra sua vida e existência.

Logo, o critério principal – porém, não único – para identificação da vulnerabilidade dos grupos que serão elencados posteriormente será a existência de violências sofridas, desencadeadas pelas características particulares do indivíduo (sexo biológico, gênero, raça, profissão, entre outras) que o alocam como integrante de determinado grupo vulnerável.

O termo vulnerabilidade pode ser compreendido sob vários aspectos, inclusive pela análise individual (vulnerabilidade do agente individualmente considerado) ou coletiva (vulnerabilidade por conta das suas características coletivas).

De todo modo, em termos genéricos, vulnerabilidade pode ser definida como a(s) circunstância(s) que caracteriza(m) maior suscetibilidade a danos e lesões.

Diz-se sujeito vulnerável aquele que está em risco, desguarnecido ou desprotegido dos eventos naturais e humanos que inerentemente circundam a vida, percebendo consequências deletérias desproporcionais destes eventos, quando comparado com os efeitos sofridos por agentes “não vulneráveis”.

Segundo Adger (2006, pág. 268), o termo vulnerabilidade é atinente ao “[...] estado de susceptibilidade a danos causados por exposição a tensões/estresses associados com a mudança ambiental e social e à ausência da capacidade de adaptação”.

Importante ressaltar que sujeito vulnerável não é sinônimo de vítima.

Na ciência penal, vítima, em termos gerais, é o sujeito passivo de uma infração penal, a qual sofre as consequências prejudiciais da conduta típica, sobretudo nos crimes de dano. Inclusive, podem ser sujeitos passivos entes imateriais (exemplo: saúde) e entes “não humanos” (exemplo: animais e pessoas jurídicas).

Além disso, nem toda vítima será vulnerável, pois, apesar de ofendido pela prática criminosa, não necessariamente detinha condições pessoais que o alocavam como sujeito de maior suscetibilidade a riscos e desproteção. Ainda, nem todo vulnerável será, necessariamente, vítima de um delito concretamente.

Entretanto, na realidade brasileira, ordinariamente sujeitos pertencentes a grupos vulneráveis são vitimados por práticas criminosas, sendo esta condição (vulnerabilidade) um dos fatores primordiais que os levaram a ser violentados.

Este contexto naturalístico, infelizmente, nos leva à conclusão de que certas “vidas” são menos valorizadas e tuteladas do que outras.

Citada por Juliana F. Moyses e Fabiana Cristina Severi (2023, página 29), Judith Butler emprega a expressão “[...] enquadramento para analisar o motivo de algumas pessoas ou grupos sociais não terem suas condições de vida tão garantidas quanto outros. São pessoas e grupos com menos (ou nenhum) acesso à proteção [...]”

Segundo as autoras, ainda refletindo sobre as lições de Butler (2023, página 30):

[...] este fenômeno afirma que alguns grupos de pessoas não são reconhecidos como “vidas” dentro de determinados enquadramentos. [...] O reconhecimento de uma pessoa ou grupo como “vida” depende do atendimento às “normas de inteligibilidade” de cada enquadramento, ou seja, as normas que determinam o que é ser uma vida apta à proteção. [...] As pessoas que não se encaixam nestas categorias, performando o gênero de forma discrepante em relação a tais normas [...] sofrem a perda de direitos e as consequências violentas de não preencherem as normas de inteligibilidade: o controle social e a violência desumanizante, bem como o desamparo do Estado, que é quem, muitas vezes, comete a violência contra estas pessoas.

Atento a este contexto naturalístico, nosso ordenamento jurídico abarca normas de proteção a grupos vulneráveis, demonstrando, de forma inequívoca, a preocupação e proteção especial a determinados coletivos.

Sem esgotar o tema e as previsões legislativas, pode-se citar que a própria Constituição Federal adota a concepção de que há pessoas e grupos mais suscetíveis a riscos e danos.

Do contrário, não elencaria como objetivo fundamental da República Federativa a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme previsão do artigo 3º, incisos III e IV, do texto constitucional.

Ainda na Constituição Federal, o artigo 226, §8º, prevê que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Em sequência, o artigo 227 dispõe que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na realidade familiar brasileira, têm-se, no mínimo, dois grupos vulneráveis a crimes violentos: mulheres e crianças e adolescentes.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública² (2024, página 127), em 2023, ocorreram no Brasil 1.467 (um mil, quatrocentos e sessenta e sete) feminicídios consumados e outros 2.797 (dois mil, setecentos e noventa e sete) feminicídios tentados. Ainda, registraram-se 258.941 (duzentos e cinquenta e oito mil, novecentos e quarenta e um) lesões corporais dolosas praticadas em contexto de violência doméstica e familiar.

Somam-se a estes números exorbitantes outros delitos rotineiramente praticados contra as mulheres, motivados pelo sexo biológico e pelo gênero feminino, tais como estupro, importunação sexual, injúria e ameaça.

Conforme o Anuário, em 2023, o Brasil registrou 2.299 (duas mil, duzentas e noventa e nove) mortes violentas intencionais de pessoas entre zero e dezessete anos (2024, página 194). Novamente, o número supracitado se refere apenas aos crimes contra a vida, não sendo computados os crimes de lesões corporais, abandono, exploração sexual, entre outras práticas violentas.

Não por outro motivo, nosso país conta com leis específicas que buscam conferir maior proteção a estes grupos vulneráveis, justamente por reconhecê-los como mais suscetíveis a violências e agressões. Neste contexto, citam-se as Leis nºs 11.340/2006 e 14.344/2022.

Além da legislação originariamente pátria, não se pode perder de vista que o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais que enrobustecem a proteção aos grupos vulneráveis.

A título de exemplo, o Decreto 4.377/2022 promulgou a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” e o Decreto 99.710/1990 trouxe para nosso ordenamento jurídico a “Convenção sobre os Direitos das Crianças”, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1989.

Atento à identificação de grupos socialmente vulneráveis e ao dever – constitucional – de conceder tutela específica e eficaz a estes, a jurisprudência pôs-se a construir normas protetivas de efeito vinculante.

Neste íterim, o Supremo Tribunal Federal constituiu relevante precedente à proteção de grupos cuja vulnerabilidade decorre da orientação sexual ou do gênero

2] Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pdf>; Acesso em 15/02/2025;

de seus integrantes, senão vejamos:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); [...]

3. O **conceito de racismo**, compreendido em sua dimensão **social**, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo **objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.** (destaques nossos)

(STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

No tocante à orientação sexual e identidade de gênero, em âmbito internacional, podem ser encontrados inúmeros documentos protetivos, com especial destaque aos “Princípios de Yogyakarta”³.

Retornando ao âmbito nacional, ainda como fonte jurídica protetiva, na esfera infralegal, cabe ressaltar a Resolução nº 243/2021 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual estabeleceu em seu artigo 1º:

[...] a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e de Apoio às Vítimas, com o objetivo de assegurar direitos fundamentais às vítimas de infrações penais, atos infracionais, desastres naturais, calamidades públicas e **graves violações de direitos humanos** [...] (destaque nosso).

3] Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/midiateca/outras-publicacoes-de-direitos-humanos/pdfs/principios-de-yogyakarta-mais-10-2017-1>;

Importante frisar que referida resolução ministerial estabelece política institucional voltada à proteção de toda e qualquer vítima (compreendida como gênero). Entretanto, a Instituição expressamente admite a existência de espécies diversas de vítimas.

Neste sentido, o artigo 3º nos traz expressamente o conceito de vítima de especial vulnerabilidade, assim definindo-a:

III - vítima de especial **vulnerabilidade**: a vítima cuja **singular fragilidade resulte, especificamente**, de sua idade, do seu **gênero**, do seu estado de saúde ou de **deficiência**, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização terem resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social; (destaques nossos)

Na análise de crimes contra a vida de vítimas vulneráveis, tem-se uma característica em comum: a principal causa delitiva está justamente relacionada à sua condição de vulnerável.

Nesta ordem de ideias, sem desprezar a existência de outros grupos vulneráveis, têm-se que as mulheres, crianças e adolescentes e integrantes do movimento LGBTQIA+ se enquadram de forma indubitável como vítimas vulneráveis na realidade brasileira.

Ademais, tais grupos contam, como visto, com normas jurídicas expressas que formam verdadeiros sistemas de especial proteção aos seus direitos.

2. FUNDAMENTOS DA ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA

A clemência é instituto que não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, decorrendo de construção fundada em interpretações de princípios e outros institutos.

No dicionário Aurélio, clemência é definida como “sentimento ou tendência natural para perdoar os erros, as falhas ou diminuir as penas e castigos impostos a outra pessoa”.

Não há dúvidas de que a clemência decorre do transporte de um sentimento social de necessidade de perdão para o mundo jurídico. Porém, deve-se ter em mente que a clemência foi historicamente construída para casos concretos, específicos, em que há um senso social comum da necessidade de absolvição.

O estudo da clemência aponta como fundamento outros institutos criminais expressamente positivados, quais sejam a anistia, o indulto e o perdão judicial.

Sem maiores digressões, vale citar que a anistia está prevista nos artigos 21, inciso XVII, e 48, inciso VIII, da Constituição Federal. O indulto, por sua vez, está positivado no artigo 84, inciso XII, da Carta Magna. Por fim, o perdão judicial possui previsões infralegais, a exemplo do artigo 121, §5º, do Código Penal. Todos os institutos supracitados, ainda, constituem causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso II, do Código Penal.

Os três institutos fundantes possuem um ponto nuclear em comum: o

reconhecimento da prática de fato típico, ilícito e culpável, incidindo somente sobre a punibilidade do sujeito ativo do delito.

Significa dizer que todo arcabouço jurídico que sustenta a clemência não traz causa que afaste qualquer dos elementos que constituem o crime⁴, mas somente a consequente punição.

Há doutrinadores como Nucci (pág. 300/301) que apontam que a clemência está justificada pelos princípios da plenitude de defesa e soberania dos vereditos, previstos no artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a” e “c”, da Carta Maior.

Estando a decisão dos jurados acobertada pelo princípio da íntima convicção, poderiam, em tese, absolver o réu por clemência, se assim quiserem. No entanto, a própria construção teórica do instituto se mostra contraditória e carece de escopo lógico-jurídico, posto que, ao se respaldar na anistia, indulto e perdão judicial, a clemência tomaria contornos de causa extintiva de punibilidade (e não absolutória).

Segundo Nucci (2017, p. 300/301), extinção da punibilidade “É o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos **previstos em lei**, por razões de política criminal” (destaque nosso). Ora, se a construção teórica da clemência decorre da possibilidade de extinção da punibilidade, por via de consequência, não constitui causa de absolvição.

O próprio artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ao mencionar a absolvição por circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, não faz menção a dispositivos legais relacionados a excludentes de punibilidade.

É fato que, no Tribunal do Júri, o Juiz-Presidente, após a decisão do Corpo de Jurados, pode reconhecer a existência de causa extintiva de punibilidade. Todavia, somente pode fazê-lo se houver previsão em lei, da qual a clemência carece.

Aliás, justamente por não deter natureza jurídica de causa absolutória, é que o juiz togado não poderá aplicá-la em ações penais “extra Júri”, tal como se permite ao princípio da insignificância. Caso a clemência constituísse causa absolutória, ainda que não positivada expressamente, porém, com substrato técnico-jurídico coerente, teríamos que admitir, por lógica jurídica, sua aplicação pelo juiz togado.

3. CLEMÊNCIA, PLENITUDE DE DEFESA E SOBERANIA DOS VEREDITOS

Transpassada a análise detalhada da clemência, adentra-se ao seu âmbito de aplicação. Em decorrência das alterações promovidas pela Lei nº 11.689/2008, a clemência restou abarcada pelo quesito genérico de absolvição, conforme o artigo 483, inciso III, do Código de Processo Penal.

Logo, uma vez admitida pelo Corpo de Jurados, ainda que haja incompatibilidade jurídica entre sua causa (fundamentos) e consequência

4] Neste ponto, apenas para fins didáticos e sem desconhecer a divergência doutrinária existente, a afirmação adota a teoria tripartite, pela qual crime é fato típico, ilícito e culpável;

(absolvição), como delineado anteriormente, culminará em sentença absolutória.

Importante rememorar que referido quesito abarcará todas as teses absolutórias deduzidas em Plenário, seguindo a clemência alheia à previsão legal. De todo modo, a obrigatoriedade do quesito genérico não afasta o dever de a parte que suscitar pedido absolutório fundamentá-lo durante os debates.

Neste ínterim, muitos respaldam o pleito de clemência no princípio da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal). Sobre o mencionado princípio, Renato Brasileiro (2020, pág. 1404) aduz que possui duas vertentes:

a) plenitude da defesa técnica: o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente jurídica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal, etc. [...];

b) plenitude da autodefesa: ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses.

Se, por um lado, a defesa técnica ou pessoal não está limitada à argumentação de cunho jurídico — e aqui se abre a possibilidade de suscitação da clemência —, por outro, é de suma relevância reconhecer que o princípio em comento, apesar de denominado como pleno, não é absoluto, sobretudo quando em colisão com outros institutos de magnitude constitucional.

No próprio procedimento do júri, a Lei nº 14.245/2021 inseriu o artigo 474-A no Código de Processo Penal, vedando manifestações que ofendam a dignidade da vítima. Em consequência, protegendo-se a dignidade da pessoa humana, conclui-se que não será permitido o emprego de argumentos defensivos que possuam referido escopo, havendo clarividente limitação ao princípio em comento.

Neste contexto, hipótese paradigmática de restrição legítima da plenitude de defesa é a vedação à tese de legítima defesa da honra, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, a institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e a tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 2. Referido recurso viola a dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem

constitucional brasileira. [...] 3. A “legítima defesa da honra” **não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação de todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, [...] Há de se exigir um controle mínimo do pronunciamento do tribunal do júri quando a decisão de absolvição se der por quesito genérico**, de forma a avaliar, à luz dos atos processuais praticados em juízo, se a conclusão dos jurados se deu a partir de argumentação discriminatória, indigna, esdrúxula e inconstitucional referente ao uso da tese da legítima defesa da honra. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção da vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); [...] (destaques nossos)

(STF. Plenário ADPF 779/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1º/8/2023 (Info 1105).

Nota-se que o julgado transcrito cita expressamente os pontos fulcrais deste trabalho: tese absolutória que não encontra guarida na ordem jurídica, conflitando com princípios constitucionais.

Outro exemplo de restrição legítima é a vedação à inovação defensiva na tréplica em Plenário do Júri, visto que a plenitude de defesa não se sobrepõe ao contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico neste sentido:

2. A inovação de tese defensiva na fase de tréplica, no Tribunal do Júri, viola o princípio do contraditório, porquanto impossibilita a manifestação da parte contrária acerca da *quaestio*.

(AgRg-REsp 1.359.840; Proc. 2012/0266604-1; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 15/03/2022).

Interessante mencionar, ainda, que há outros precedentes dos Tribunais Superiores que reconhecem práticas ilícitas, inclusive por parte dos defensores técnicos no Plenário do Júri, afastando o argumento de que o ato seria legítimo por conta da plenitude de defesa e pela imunidade profissional que os advogados possuem. Neste sentido:

2. Imunidade não é sinônimo de privilégio. [...]. 6. **Embora, no júri, seja assegurada a plenitude de defesa** (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea a, da Constituição Federal), a **referida garantia não pode ser distorcida pelo advogado como se fosse salvo-conduto para a prática de delitos**. Essa foi a compreensão exteriorizada pelo Supremo

Tribunal Federal no paradigmático julgamento em que se vedou a utilização da cruel expressão “legítima defesa da honra”, sendo ressaltado, expressamente, no respectivo acórdão, que a **plenitude de defesa, própria do Tribunal do Júri, não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas** (ADPF 779 MC-Ref, relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021).

(RHC 156.955/SP. 6ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Publicado em 09/05/2023 – Informativo 13, edição extraordinária);

Ressalta-se que o princípio da soberania dos veredictos – igualmente utilizado como fundamento para clemência – encontra restrições constitucionais e legais.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

4. Em situações nas quais a negativa de autoria é a única proposição defensiva que pode fundamentar a absolvição do acusado, o acolhimento, pelos jurados, do terceiro quesito (absolutório genérico - art. 483, III, do CPP) não deve subsistir quando houver votação positiva dos dois primeiros (referentes à materialidade e à autoria). Nessa hipótese, os jurados rejeitaram a tese da defesa, porquanto afirmaram ser o acusado o autor do delito.

(AgRg no AgRg no AREsp 2452912/SC. 6ª Turma. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 17/12/2024).

No Plenário do Júri, é fato que os jurados são os juízes do mérito da ação penal e suas decisões encontram respaldo no princípio da soberania dos veredictos. Entretanto, não se trata de autorização constitucional para decidirem ao seu bel-prazer, motivo pelo qual a sentença absolutória é passível de recurso e anulação.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

1. É cabível recurso de apelação com base no artigo 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que a **decisão do Tribunal do Júri, amparada em quesito genérico, for considerada pela acusação como manifestamente contrária à prova dos autos**. (destaque nosso)

(Plenário. ARE 1.225.185/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão Min. Edson Fachin. Julgado em 04/10/2024).

Nesta ordem de ideias, nota-se que justificar o pleito de clemência nos princípios da plenitude de defesa e soberania dos veredictos não acarreta automática legitimidade da tese e, se aceita, da absolvição. Toda tese (acusatória ou defensiva) e sentença (absolutória ou condenatória) devem encontrar respaldo na interpretação sistemática da Constituição Federal e outras normas infralegais.

A base principiológica do Tribunal do Júri não constitui espaço jurídico alienado e descolado da ciência do Direito. Ao contrário, integra a dogmática e com ela deve ser convergente, precipuamente em relação a outros princípios garantidos

pela Constituição Federal.

4. INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DA ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA

Antes de tratarmos da incompatibilidade da clemência com nossa ordem constitucional e convencional, importa destacar uma premissa fundamental: está se referindo à absolvição pura e tão somente pela clemência.

Diz-se isto porque, havendo causa absolutória (por exemplo: legítima defesa), evidente que a absolvição é viável e legítima.

A impossibilidade jurídica que se propõe se adstringe aos casos concretos em que inexistente tese absolutória legítima, limitando-se a defesa a suscitar argumentos extrajurídicos com o fito de viabilizar pleito de clemência.

Conforme os ensinamentos do professor José Joaquim Gomes Canotilho (2003, pág. 246), todos os atos emanados pelos poderes públicos devem guardar compatibilidade com a Constituição, respeitar seus parâmetros materiais e formais.

Em um Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição é norma suprema e fundamental, torna-se inadmissível a legitimação de atos que ofendam seus princípios, valores e normas.

Neste íterim, de suma importância fixar que os crimes contra vítimas vulneráveis não se restringem a simples ofensas individuais e contra a vida do ofendido. A vulnerabilidade destes indivíduos, que os faz integrar coletivos reiteradamente expostos a prejuízos diversos, faz com que as violações à sua integridade física e vida sejam, em verdade, verdadeiras ofensas à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, em sentido coletivo.

Isto porque eventual absolvição por clemência, ao cabo, confere legitimidade e perpetua tratamentos discriminatórios, ratificando a possibilidade de que agentes socialmente favorecidos sobreponham seus interesses, ainda que por meios ilícitos, à própria existência de grupos vulneráveis.

Neste contexto, é leviano crer que o pleito de clemência deduz simples conflito entre a liberdade do réu e a vida da vítima. Ao contrário, estar-se-á diante de embate entre a liberdade do réu – ameaçada em decorrência do seu próprio comportamento criminoso – e a dignidade da pessoa (ou grupo) humano, fundamento da própria República, como prevê o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Além do sentido amplo, verificado em todos os casos de vítimas vulneráveis, não se pode perder de vista que os casos concretos irão apresentar normas constitucionais específicas.

A título de exemplo, na hipótese de feminicídios, é evidente a violação do artigo 226, §8º, e do artigo 5º, inciso I, ambos da Constituição Federal, enquanto os crimes motivados pela identidade de gênero ou orientação sexual ofendem o artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna. Ainda, a violência contra crianças e adolescentes ofende diretamente o princípio constitucional de prioridade absoluta, estampado no artigo 227, caput, do Texto Maior, além do §4º do mesmo dispositivo.

Para além das normas internas, a impunidade dos crimes contra grupos

vulneráveis inerentemente causará violação de tratados internacionais de direitos humanos, os quais, vale lembrar, deterão natureza de emenda constitucional (artigo 5º, §3º, da Constituição Federal) ou supralegal (STF, RE 466.343/SP).

Sendo assim, em casos concretos de vulnerabilidade dos ofendidos, poderá ocorrer a violação, por exemplo, da Convenção Interamericana contra o Racismo (Decreto 10.932/22), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto 1.973/96) e da Convenção sobre os Direitos das Crianças (Decreto 99.710/90), entre outros.

A clemência, portanto, caracteriza violação a tratados internacionais sobre direitos humanos, internalizados pelo Brasil, caracterizando – para além da inconstitucionalidade – inconvenção.

Inconvenção, esta, que o Ministério Público tem o dever de fiscalizar e suscitar, não só por conta da Recomendação nº 096/23 do Conselho Nacional do Ministério Público, mas por dever constitucional (MAZZUOLI, 2020):

[...] pode-se concluir que o Ministério Público brasileiro, na sua condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é instituição que tem por mister fiscalizar e garantir o cumprimento de todo o mosaico normativo em vigor no Estado, inclusive os tratados internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, além de assegurar, por meio de todos os instrumentos processuais e extraprocessuais de sua alçada, a prevalência da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às normas de direitos humanos em vigor no Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos. A atuação do Ministério Público brasileiro na aferição e no controle de convenção alcança especial dimensionamento e primazia porque, enquanto os demais órgãos integrantes do sistema de justiça, nos termos da jurisprudência da Corte IDH, devem realizar o controle de convenção “no âmbito de suas competências”, o Ministério Público tem como sua competência a própria fiscalização da ordem jurídica, tal como estabelecido pelo art. 127 da Constituição Federal de 1988.

Sob o aspecto internacional, rememora-se que o Brasil detém, atualmente, treze condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que, em todas estas, o fundamento fora, justamente, a violação de direitos humanos da(s) vítima(s) em decorrência da ineficiente ou inexistente punição aos agressores.

Além da análise sob o prisma da vítima, é necessário expor que eventual clemência viola a própria dogmática penal (material e processual) construída pela Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal considera “[...] insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]”.

Tratando-se de homicídio de vítima vulnerável, há elevada probabilidade de

a imputação trazer consigo ao menos uma das qualificadoras do artigo 121, §2º, do Código Penal, tornando-o crime hediondo (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90).

Natureza qualificada e hedionda, estas, incidentes aos homicídios contra menores de catorze anos, nos termos do artigo 121, §2º, inciso IX, do Código Penal.

Ainda, no acórdão da ADO nº 026/DF, o Supremo Tribunal Federal definiu expressamente que os atentados decorrentes de discriminação por identidade de gênero constituem motivação torpe (artigo 121, §1º, inciso I, do Código Penal).

Além disso, o feminicídio, atualmente previsto no artigo 121-A do Código Penal, está igualmente inserido no rol de crimes hediondos (artigo 1º, inciso I-B, da Lei nº 8.072/90), por conta das inovações promovidas pela Lei nº 14.994/24.

Nesta ordem de ideias, verifica-se que a própria Constituição Federal veda a graça (indulto individual) e a anistia aos crimes hediondos, característica, em regra, de todos os delitos contra a vida praticados contra vítimas vulneráveis.

Sendo aqueles (indulto e anistia) os fundamentos precípuos da clemência, por consequência, há expressa vedação constitucional no emprego deste instituto aos crimes hediondos. Trata-se de interpretação lógico-sistemática da própria Constituição Federal.

Imprescindível ressaltar que a ausência de persecução penal e, por consequência, de sanção criminal devida revitimiza não somente a vítima do delito, mas toda a sociedade que o presencia, violando direitos individuais e coletivos constitucionais. A impunidade do criminoso nada mais é do que punição a toda a sociedade.

O garantismo penal, por vezes intencionalmente deturpado e erroneamente mencionado como embasamento teórico às mais variadas teses defensivas, traz como preceito básico a construção de sistema penal pautado em modelo de “estrita legalidade”.

Ocorre que, segundo Ferrajoli (2002), a legalidade deve respaldar os direitos e garantias do sujeito ativo, contudo, concomitantemente, constituir mecanismos e instrumentos de proteção à vítima e à sociedade.

Não se trata, portanto, de sempre se interpretar juridicamente em favor do acusado e, sim, de compatibilizar preceitos de defesa e de punição legítimos e constitucionais, vez que a sanção penal possui caráter repressivo e preventivo, nos termos do artigo 59, caput, do Código Penal.

Os argumentos elencados extravasam a esfera legislativa e doutrinária, encontrando respaldo, ainda, na jurisprudência:

2. O Tribunal de Apelação não determinará novo júri quando tiver ocorrido a apresentação, constante em ata, de tese conducente à **clemência** ao acusado, e esta for acolhida pelos jurados, **desde que seja compatível com a Constituição**, os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal e com as circunstâncias fáticas apresentadas nos autos. (destaques nossos)

(STF. Plenário. ARE 1.225.185/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 04/10/2024. Repercussão geral – Tema 1.087, Info 1153).

Em que pese admitir a tese de clemência, o Supremo Tribunal Federal fixou expressamente a legitimidade “desde que seja compatível com a Constituição”, evidenciando, a *contrario sensu*, a existência de hipóteses em que referida tese viola a Carta Magna.

Por todo arcabouço exposto, é clarividente que os crimes contra a vida de vítimas vulneráveis caracterizam violação da dignidade da pessoa humana e de direitos humanos, além de inúmeras normas constitucionais, internacionais, legais e infralegais.

Nesta esteira, as frágeis e atécnicas justificativas da clemência são totalmente afastadas pelos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, os quais formam verdadeiro sistema de proteção de direitos de vulneráveis e devem se sobrepor a argumentos que contribuem para perpetuação de violações de direitos humanos.

CONCLUSÕES

Há algum tempo, a dogmática jurídica brasileira sofreu uma avalanche de teorias e teses fundadas em princípios, por vezes, sem guarida no ordenamento jurídico.

O pós-positivismo, em convergência com o Neoconstitucionalismo, trouxe, dentre seus preceitos, a relevância da base principiológica que sustenta o Estado Democrático de Direito. Entretanto, atualmente, o que se vê é a utilização de princípios – por vezes, inexistentes – como suposto fundamento para uma imensidão de teses e nomenclaturas que, sob o aspecto jurídico, são completamente ilógicas.

Neste contexto, de suma importância termos como premissa que princípios não são meras nomenclaturas desprovidas de conteúdo. Ao contrário, são institutos construídos mediante diversos fatores – fáticos e jurídicos – que lhe dão lógica e acepção intrínsecas à ciência do Direito.

Portanto, o emprego de normas jurídicas deve ser submetido à análise hermenêutica jurídica, no intuito de verificarmos se a proposta possui respaldo no ordenamento jurídico interno, sobretudo na Constituição Federal, e internacional.

Por mais nobre que a finalidade seja, não se pode admitir teses que são totalmente desprovidas de fundamento jurídico, sob a mera justificativa de que encontram respaldo em determinado princípio, sequer analisando se há compatibilidade entre eles.

Diante disto, a tese de clemência não pode ser considerada um axioma soberano e inquestionável, principalmente em casos concretos em que sua dedução e admissão violam preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Deste modo, o presente trabalho se debruçou na análise da clemência em confronto com outros princípios, regras e institutos que circundam os crimes contra a vida, concluindo por sua inconstitucionalidade e inconveniência, quando deduzida de encontro ao sistema protetivo às vítimas vulneráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anuário Brasileiro de Segurança Pública / Fórum Brasileiro de Segurança Pública – São Paulo: FBSP, 2024;

ADGER, W. N.: Vulnerability. Global Environmental Change, 2006.

CANOTILHO, José J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003;

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 14ª ed. Juspodivm, 2025.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

MOYSES, Juliana F.; SEVERI, Fabiana C.: Acesso à justiça e desigualdades: grupos vulneráveis e Estado Democrático de Direito. São Carlos: Pedro & João Editores e Editora FDRP, 2023;

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle R. da Costa; OLIVEIRA, Kledson D. de: Aferição e Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, ed. 78. 2020, pág. 295;

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri, 6ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015;

_____. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

ENTRE A PALAVRA E O SILÊNCIO: O ENFRENTAMENTO DA REVITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

LENIZE MARTINS LUNARDI PEDREIRA¹

Resumo

O presente artigo tem como escopo analisar a compatibilidade da persecução criminal com o enfrentamento à violência contra as mulheres, mediante a análise de iniciativas que visam evitar a vitimização secundária, como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei nº 14.245 (Lei Mariana Ferrer) e o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1107. Destaca-se a necessidade de se contemplar, no âmbito do processo penal, um papel de protagonismo à mulher vítima de violência, de modo que ela seja acolhida, empoderada e cientificada de todos os seus direitos, evitando-se a adoção de posturas, pelos atores do processo, que induzam o seu silêncio ou mesmo que ofendam a sua dignidade. O artigo envolve, em seu aspecto metodológico, pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, sobretudo da legislação e de decisões jurisprudenciais.

Palavras-chave: Mulher. Violência. Patriarcado. Revitimização.

Introdução

O poder patriarcal se encontra no centro de grande parte dos estudos que se debruçam sobre a violência contra as mulheres (a título de exemplo, Cheim, 2019; Costa, 2017; Cruz, 2018; Façanha, 2021; Lima, 2018; Rodrigues, 2020; Silva, 2019). Condensa-se na dominação masculina, vislumbrada nas estruturas e instituições sociais, designando os papéis dos homens e mulheres na sociedade e, assim, produzindo e (re)produzindo a violência (Bourdieu, 2012; Portella, Ratton, 2015). Os órgãos sexuais são definidos socialmente para sustentar a dominação, que inclui o âmbito doméstico, mas também as demais estruturas sociais.

Safiotti define o patriarcado como “o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens” (Safiotti, 2011, p. 44), ressaltando que este se encontra em permanente transformação, evoluindo-se de um poder *de jure* que o patriarca tinha, na Roma Antiga, de vida e de morte sobre sua esposa e seus filhos, para uma violência que ele continua exercendo contra sua parceira, a qual, por sua vez, é vista sob olhares sexistas (Safiotti, 2011).

1] Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul. Foi Promotora de Justiça no Estado do Paraná e no Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela UFGD. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD. Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD. E-mail: lenizelunardi@hotmail.com.

Duas questões principais são levadas em consideração: a persistência da dominação masculina nas relações e uma atualização do conceito, com supedâneo no contrato sexual, de modo que o poder masculino em relação aos filhos é transposto para a relação conjugal, ficando a mulher subjugada (Portela; Ratton, 2015).

Nesse contexto, a violência aparece como cerne da ordem patriarcal. Ou seja, essa ordem falocrática, androcêntrica, é ordenada pelas desigualdades, pela hierarquização entre as duas categorias de sexo, encontrando-se a violência em seu baldrame.

A ruptura da violência geralmente só acontece se houver intervenção externa, sobretudo diante da codependência existente na relação entre o homem e mulher, e a submissão construída em face desta última. Daí porque é importante que haja um olhar e uma atuação com perspectiva de gênero no âmbito da justiça criminal.

Sabe-se que, mesmo com endurecimento penal em relação aos crimes contra mulheres, o panorama vivenciado no Brasil, quanto à violência de gênero, é alarmante, tanto é que, novamente², foi levado às instâncias internacionais. Em decisão de 07 de setembro de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) declarou a responsabilidade da República Federativa do Brasil por violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, no que toca à obrigação de respeitar e garantir direitos sem discriminação e dever de adotar disposições de direito interno, com obrigação de atuar com diligência para prevenir, investigar e sancionar a violência contra a mulher, em prejuízo dos pais de Márcia Barbosa de Souza, jovem negra, vítima de feminicídio ocorrido em junho de 1998, praticado em João Pessoa, Paraíba, pelo então deputado estadual Aécio Pereira de Lima.

Nessa linha, sobretudo na seara da criminologia, existem linhas de pensamento divergentes sobre a (in)eficácia do sistema penal como meio de enfrentamento da violência contra as mulheres. Os que se mostram céticos explicitam que o sistema de justiça criminal é seletivo, sexista e reprodutor de violências (ANDRADE, 1996). Por outro lado, há quem, sem deixar de reconhecer as falhas do sistema, explicita que o direito penal é uma solução possível, ainda que em caráter emergencial e excepcional. Assim, reconhece-se a importância de inovações legislativas, como a Lei Maria da Penha (e outras que lhe sucederam), como paradigmas na construção de uma justiça de gênero (LIMA, 2018; CAMPOS; CARVALHO, 2011).

A criminologia feminista, com seu amadurecimento e evolução metodológica, possui inegavelmente um viés crítico; apresenta um discurso de denúncia do sistema de justiça criminal, que, rememorando Débora Diniz (2015), não tem o costume de ser fraterno com as mulheres; porém, diante do infeliz quadro de violência contra

2] Rememore-se que a situação da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil foi objeto de caso levado por Maria da Penha Fernandes junto ao Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) - CASO 12.051 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES VS BRASIL. A CIDH expediu diversas recomendações ao Estado Brasileiro, não raras vezes omissa na prevenção/repressão dessa espécie de crimes, destacando-se, dentre elas, "prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil" (CIDH, 2001, n.p.).

mulheres, sobretudo no ambiente familiar e doméstico, não há como se desvincular da seara penal para o enfrentamento da violência de gênero.

Assim, busca-se com o presente artigo, sem o intento de esgotar o assunto, abordar, mediante pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, sobretudo da legislação e de decisões jurisprudenciais, algumas inovações voltadas ao âmbito criminal para o adequado acolhimento das mulheres vítimas de violência, visando ao alcance de uma resposta penal não revitimizante, com destaque para o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, para a Lei Mariana Ferrer, bem como para a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1107. Ainda, são trazidas breves ponderações sobre o protagonismo da mulher vítima no processo penal que apura a prática de infrações envolvendo violência de gênero.

1. DIREITO PENAL E A CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA DE GÊNERO

Um ponto merece destaque para que haja uma convergência entre o Direito Penal e a criminologia crítica, com viés feminista, qual seja, o aperfeiçoamento dos atores integrantes do sistema de justiça, com inclusão de pautas de gênero (cursos, palestras, programas de ação, planejamento institucional etc.), que busquem uma justiça desvinculada dos padrões sexistas, que, infelizmente, ainda perduram, como frutos do patriarcado estruturado em nossa sociedade.

Nesse sentido, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, em 2021, foi aprovado o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, o qual, em um diálogo multinível com os sistemas internacionais de proteção, adota o “modelo de protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero (feminicídio)”, cuja adesão do Brasil ocorreu em 2016, e observa a recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos de adoção de protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para que casos de violência contra a mulher sejam tratados de forma diferenciada (CNJ, 2021).

A adoção do Protocolo, pelos órgãos do Poder Judiciário, foi incentivada pelo CNJ no ano de 2022, por meio da edição da **Recomendação 128**. Por se tratar de recomendação, o documento, por conseguinte, apenas sugeria a adoção de medidas.

Recentemente, mais especificamente no dia 15.03.2023, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou resolução que torna obrigatórias, para todo o Poder Judiciário nacional, as diretrizes do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**.

Um dos pontos do Protocolo é que as cortes deverão promover cursos de formação inicial e continuada, os quais incluam, obrigatoriamente, conteúdos relativos a direitos humanos, gênero, raça e etnia. Ainda contempla considerações teóricas sobre igualdade e guia com exemplos práticos para que os julgamentos não incorram na repetição de estereótipos e na perpetuação de tratamentos diferentes. No mais, cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.

Perlustrando o mencionado Protocolo, a título de exemplo, verifica-se que a importância da palavra da vítima é destacada em diversos pontos, como na seção a.2. *O valor probatório da palavra da vítima*, localizada na página 85 do documento. Essa seção enfatiza que, especialmente em casos de violência de gênero, as declarações da vítima devem ser consideradas como meio de prova de inquestionável importância. O protocolo orienta que, no julgamento com perspectiva de gênero, deve-se atribuir alta valoração às declarações da mulher vítima de violência, reconhecendo sua vulnerabilidade e hipossuficiência na relação jurídica processual. Essa abordagem busca garantir uma atuação jurisdicional imparcial e alinhada ao princípio da igualdade material, conforme o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.

A efetivação da adoção do Protocolo, que reconhece a influência do patriarcado inclusive na aplicação do direito (CNJ, 2021), pode apresentar um avanço nos julgamentos de casos envolvendo violência contra as mulheres, inclusive visando evitar a vitimização secundária ou revitimização das mulheres vítimas de crimes. Isto é, a mulher, vítima de crime, é revitimizada pelo sistema constitucionalmente estabelecido para defendê-la de seu agressor.

Para além da adoção do Protocolo, inovações legislativas e decisão do Supremo Tribunal Federal também corroboram a tentativa de evitar a vitimização secundária de mulheres, o que será abordado no tópico abaixo.

2. LEI “MARIANA FERRER” E DECISÃO DO STF NA ADPF 1107

Foi publicada, em 22 de novembro de 2021, a Lei nº 14.245, conhecida como “Lei Mariana Ferrer”, com referência a lamentável episódio em que uma mulher que acusava um indivíduo da prática de estupro foi questionada de forma agressiva durante audiência de instrução e julgamento, relativamente a questões de caráter pessoal e conduta que não estavam diretamente ligadas ao crime em apuração.

Dentre as inovações, no âmbito material, a novel legislação criou uma causa de aumento de pena, caso o crime de “Coação no Curso do Processo” seja praticado em situação envolvendo crimes contra a dignidade sexual (art. 344, parágrafo único, do CP).

Na seara processual, a lei em questão adicionou dois dispositivos ao Código de Processo Penal:

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Igual dispositivo também foi inserido no âmbito do Juizado Especial Criminal, com o acréscimo do § 1º-A no art. 81. Tem-se, portanto, que as partes e os demais sujeitos processuais, no procedimento comum, ordinário, sumário ou sumaríssimo, no procedimento do Tribunal do Júri, bem como nos especiais (v.g. crimes contra a honra, crimes de responsabilidade de funcionários públicos, procedimentos especiais de leis esparsas - inteligência do artigo 394, §§ 2º e 5º, do CPP), seja na audiência de instrução e julgamento, seja no plenário, deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, ficando a cargo do juiz garantir o cumprimento da legislação. Ficam vedadas: manifestações sobre circunstâncias ou elementos alheios a fatos objeto de apuração nos autos, bem como a utilização de linguagem, de informação ou material (ex.: fotografias, vídeos etc.) que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Seguindo as inovações já trazidas pela Lei Mariana Ferrer, a Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022, alterou a lei de abuso de autoridade para tipificar o crime de violência institucional:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

Prosseguindo os avanços no enfrentamento à vitimização secundária de mulheres, o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com a temática, no julgamento da ADPF 1107, trouxe avanço no entendimento, decidindo no seguinte sentido:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO

FUNDAMENTAL. ALEGADA CONDUTA OMISSIVA E COMISSIVA DO PODER PÚBLICO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. PROCESSOS DE APURAÇÃO E JULGAMENTO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. QUESTIONAMENTOS QUANTO AO MODO DE VIDA E À VIVÊNCIA SEXUAL PREGRESSA DA VÍTIMA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Ofende os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana a perquirição da vítima, em processos apuratórios e julgamentos de crimes contra a dignidade sexual, quanto ao seu modo de vida e histórico de experiências sexuais. 2. A despeito da atuação dos Poderes da República, pela análise dos argumentos postos na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, é de se concluir necessário que este Supremo Tribunal, no exercício de sua competência constitucional, interprete os dispositivos impugnados pelo arguente conforme a Constituição da República, para conferir máxima efetividade aos direitos constitucionalmente postos e coibir a perpetuação de práticas que impliquem na revitimização de mulheres agredidas sexualmente. 3. Arguição julgada procedente para i) conferir interpretação conforme à Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” posta no art. 400-A do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal; ii) fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa invocar o modo de vida da vítima ou a questionar quanto a vivência sexual pregressa com essa finalidade, considerando a impossibilidade do acusado se beneficiar da própria torpeza; iii) conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida e iv) assentar ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal. (ADPF 1107, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23-05-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n. DIVULG 23-08-2024. PUBLIC 26-08-2024).

Portanto, o Supremo, visando coibir a perpetuação de práticas que impliquem na revitimização de mulheres agredidas, conferiu interpretação conforme à Constituição à expressão “elementos alheios aos fatos objeto de apuração” constante no art. 400-A do Código de Processo Penal, excluindo a

possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal. Tal nulidade não será reconhecida quando alegada pelo próprio réu, considerando a impossibilidade de se beneficiar de sua própria torpeza.

Além disso, o STF conferiu interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida e, ainda, assentou ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

Verifica-se, portanto, que tem sido criado um aparato (normativo e jurisprudencial) no ordenamento jurídico brasileiro, com o escopo de evitar a perpetuação de práticas que impliquem na revitimização de mulheres agredidas. Busca-se a criação de uma justiça de gênero que contemple remédios transformativos e afirmativos, visando ao atendimento humanizado às mulheres em situação de violência.

3. “DIREITO” AO SILÊNCIO DA VÍTIMA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Emergindo-se nesta temática, têm-se ampliado vozes no sentido de advogar o direito ao silêncio da mulher vítima de violência doméstica e familiar, tema que merece algumas digressões.

Pois bem, em primeiro lugar, é cediço que o direito ao silêncio é destinado àqueles a quem se imputa uma conduta criminosa, encontrando ressonância em nossa Constituição Federal, consoante se extrai do art. 5º, LXIII (inspirado na 5.ª Emenda da Constituição Norte-Americana): “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” É derivado (um dos desdobramentos) do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual, em síntese, estabelece que a pessoa não pode ser obrigada a produzir prova contra si. Nesse sentido, também há previsão no art. 186 do CPP.

Não existe previsão constitucional e/ou legal do direito ao silêncio da vítima. Na mesma esteira, a Lei Mariana Ferrer também não consolidou direito ao silêncio da vítima, mas sim, em síntese, a impossibilidade de serem realizados questionamentos que fustiguem a sua dignidade.

Com relação às declarações da vítima, o Código de Processo Penal prevê, no título relativo às provas, capítulo próprio destinado às declarações da vítima e, em art. 201, estabelece que “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”.

No âmbito dos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a jurisprudência tem sido assente acerca da extrema relevância da

palavra da vítima, sobretudo porque, na maioria das vezes, são perpetrados na clandestinidade³.

Feitas tais considerações, registre-se, então, que devem ser analisadas com cautela situações que induzam ao silêncio da vítima, até porque ela merece um papel de protagonismo no âmbito do processo penal.

Sabe-se que foi, recentemente, aprovado o ENUNCIADO 50 do FONAVID, que assim dispõe: deve ser respeitada a vontade da vítima de não se expressar durante seu depoimento em juízo, após devidamente informada dos seus direitos (APROVADO NO XI FONAVID - São Paulo). Primeiramente, ressalte-se que tal enunciado, como se sabe, não ostenta caráter normativo, nem tampouco vinculante⁴.

No mais, não se olvida que deve ser preservado o direito da mulher vítima de violência a se negar a responder questionamentos que lhe sejam dirigidos, por entender que ofendem à sua dignidade ou esfera de intimidade, evitando constrangimentos. Porém, respeitados posicionamentos contrários, isso não autoriza que os sujeitos processuais adotem posturas indutoras do silêncio da vítima, até porque, como já mencionado, em tais crimes, a palavra da ofendida assume especial relevância.

Não se está a dizer que a opção pelo silêncio apresentada pela vítima não deva ser respeitada, mas sim que ela tem o direito de receber todos os esclarecimentos necessários sobre as consequências disto, bem como da relevância de suas declarações para o futuro do processo. E, além disso, entende-se que o direito ao silêncio não deva ser objeto de indução por quaisquer das partes que integram o Sistema de Justiça, mas sim uma manifestação de *per si* apresentada pela vítima.

Como se sabe, uma das características da violência doméstica, inclusive traçada por Safiotti, é a rotinização. Diferentemente da violência urbana, que recai de maneira mais acentuada sobre os homens, a violência doméstica, direcionada mormente às mulheres, incide sobre as mesmas vítimas, avivando-se a habitualidade. Para que se cesse a violência, é imperiosa a intervenção externa.

Como bem anota Safiotti (2011), a contínua submissão das mulheres não importa em dizer que são cúmplices do regime de dominação-exploração, até porque elas cedem às agressões e não consentem. O consentimento pressupõe parcela de poder que elas, entretanto, não detêm.

A continuada submissão à violência engendra, não raramente, o denominado ciclo de violência, definido por Portela e Ratton:

3] Exemplos de julgados: STJ - AgRg no AREsp n. 2.481.719/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 23/10/2024, DJe de 30/10/2024; STJ - AgRg no AREsp n. 2.616.759/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/10/2024, DJe de 16/10/2024; STJ - AgRg no AgRg no AREsp n. 2.679.415/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1/10/2024, DJe de 4/10/2024; STJ - AgRg no AREsp n. 2.275.177/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 23/2/2024. ; STJ - AgRg no REsp n.2.062.933/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023; TJMS. Apelação Criminal n. 0000121-29.2022.8.12.0040, Porto Murtinho, 3ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, j: 24/07/2023, p: 25/07/2023; TJMS. Apelação Criminal n. 000128775.2021.8.12.0026, Bataguassu, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª Elizabete Anache, j: 25/10/2022, p: 26/10/2022.

4] Nesse sentido: TJ-AM - APR: 00002963720188042901 Beruri, Relator: José Hamilton Saraiva dos Santos, Data de Julgamento: 07/02/2023, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/02/2023.

É constituído pela alternância entre períodos de calma e entendimento amoroso entre o casal e períodos de escalada da violência. O período de escalada se inicia com manifestação de controle masculino sobre a vida da mulher, ciúmes e atos isolados de violência física e sexual, que se intensificam com o tempo, chegando aos espancamentos graves e, às vezes, à morte. Quando não há o desfecho fatal, é comum que, após o momento de maior violência, o homem demonstre arrependimento, justifique-se diante da mulher e procure compensá-la com gestos amorosos. Esse período pós-violência é chamado de lua de mel, porque são retomados o entendimento e o afeto existentes no momento anterior. Sua duração é variável, mas raramente é capaz de evitar novas violências, em geral interrompidas apenas pela separação do casal ou pela morte da mulher (Portela; Ratton, 2015, p. 97-98).

A violência contra as mulheres sustenta e é sustentada pela ordem patriarcal. Apresenta como característica, mormente nas facetas doméstica e familiar, a rotinização, o *continuum* da violência, em ciclos, e pode acarretar a morte da mulher, caso não haja interferências externas, diante, inclusive, da codependência do agressor.

Daí porque, quando há o registro de uma ocorrência envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, muitas vezes, a violência já vem ocorrendo há tempos e, em sede de audiência, talvez, aquela mulher tenha retomado o relacionamento com o agressor e, por medo, por dependência ou outros motivos, diante da dominação que vivencia, pretende se calar. Assim, é imperioso que, diante de tais situações, a vítima seja acolhida, informada e respeitada, e nem induzida a se calar.

Considerações finais

A relação entre os gêneros, na linha proposta por Bourdieu (2012), necessita de um trabalho histórico de des-historização. Historicamente, buscou-se (e aqui entram a família, a Igreja, a Escola e o Estado como corresponsáveis) a diferenciação entre os homens e mulheres. A unidade doméstica é *locus* em que a dominação masculina se manifesta de forma mais visível, mas a perpetuação dela se dá, sobretudo, em razão da ação ou omissão das demais instâncias.

O Estado, historicamente, tem ratificado o patriarcado privado com o patriarcado público, estando este último inscrito nas instituições que possuem atribuição de gerir e regulamentar a unidade doméstica (Bourdieu, 2012). Esse panorama exige transformações, inclusive no sistema de Justiça Criminal.

Nesse norte, em âmbito criminal, verifica-se que as inovações, sejam legislativas, sejam em sede jurisprudencial, corroboram a necessidade de se evitar a revitimização em sede de violência de gênero, resguardando a dignidade e o respeito das mulheres vítimas de crimes violentos. Algumas iniciativas se destacam nessa seara, como a aprovação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de

Gênero pelo CNJ, bem como a Lei nº 14.245. Ademais, no bojo do julgamento da ADPF 1107, o Supremo Tribunal Federal ressaltou tal preocupação.

Todo o compêndio legislativo/jurisprudencial que vem sendo consolidado no Brasil evidencia que a mulher vítima deve ter um papel de protagonismo no processo criminal, em cenário no qual sejam amplamente respeitados os seus direitos, sem, entretanto, que sejam induzidas pelos sujeitos processuais ao silêncio – embora esse mereça ser respeitado, caso por ela manifestado de *sponte propria*, ao que deverá ser, pelo juízo, esclarecida do alcance processual de tal decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des) ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. 416 p.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. Ed. Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

BRASIL. Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-171.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **CASO BARBOSA DE SOUZA E OUTROS VS. BRASIL**, 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf Acesso em: 19 de abril de 2023.

CHEIM, Érika Oliveira Amorim Tannus. **Mulher e patriarcado: violência de gênero contra a mulher**

em Carangola – MG (2006-2018). Tese (Doutorado em História Social das Relações Políticas) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf> Acesso em: 03 de maio 05 de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 128 de 15/02/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 492, de 17 de março de 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2023.

COSTA, Bruna Santos. **Feminicídios e Patriarcado: produção da verdade em casos de agressores autoridades da segurança e defesa do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CRUZ, Karla Oliveira Amaral R. da. **Até que a morte nos separe: uma análise sobre o feminicídio no município de Vitória (2010-2016)**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. 2018.

DINIZ, Débora; GUIMIERI, Sinara. Implementação de medidas protetivas da lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambeses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo; NEVES, Alex Jorge das. (org.) **Pensando a Segurança Pública 6: Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública**. Brasília: Brasil. Ministério da Justiça, 2016, p. 205-231

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUIMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 114, p. 225-239, mai./jun., 2015

DINIZ, Débora; GUIMIERI, Sinara. Violência de gênero no Brasil: ambiguidades da política criminal. In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da (org.) **Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 195-208.

DINIZ, Débora. **Débora Diniz analisa a nova Lei do feminicídio**. Jornal o Estado de São Paulo, São Paulo, 14/03/2015. Disponível em: <https://agenciapatriagalvao.org.br/violencia/debora-diniz-analisa-a-nova-lei-do-feminicidio/?print=pdf> Acesso em 08 de janeiro de 2022.

FAÇANHA, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira. **Feminicídio: estudo sobre as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no âmbito da Lei nº 13.104/2015**. 2021. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2021.

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZAS E JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – FONAVID. Enunciado 50. Aprovado no XI FONAVID – São Paulo. Disponível em: <https://fonavid.tjsp.jus.br/Areas/FONAVID/Content/PDF/ENUNCIADOS%20DO%20FONAVID.pdf>. Acesso e: 11 jun. 2025.

LIMA, Amanda Gabriela Gomes de. **A legislação de enfrentamento à violência contra as mulheres e uma concepção de justiça de gênero no Brasil: uma análise da Lei Maria da Penha e do Feminicídio sob a perspectiva da criminologia feminista**. 2018. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

MORATO, Ana Luiza. Silêncio da vítima: direito ou armadilha? Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2022/silencio-da-vitima-direito-ou-armadilha>. Acesso em 11 de junho de 2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório nº54/01: caso 12.051, Maria da Penha Fernandes, Brasil**, 4 de abril de 2001. Relatório Anual 2000. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2001. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> Acesso em: 19 de julho de 2021.

PEDREIRA, Lenize Martins Lunardi. **O Feminicídio nas cidades-gêmeas fronteiriças do estado de Mato Grosso do Sul (2015-2021): do patriarcado ao trânsito em julgado**. 2023. 133 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2023.

PORTELLA, Ana Paula; RATTON, José Luiz. A teoria social feminista e os homicídios: o desafio de pensar a violência letal contra as mulheres. **Contemporânea**, v. 5, n. 1, p. 93-118, jan./jun. 2015.

RODRIGUES, Fadjá Mariana Froes. **Memória e violência contra a mulher: o feminicídio como último ato da dominação masculina**. Dissertação (Mestrado em Memória, Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2020.

SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. Ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

SILVA, Rosângela Cavalcanti da. **A consubstancialidade das relações de sexo, raça e classe: o feminicídio como expressão da violência machista**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1107**, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23 maio 2024. Processo eletrônico. DJe: não numerado, divulgado em 23 ago. 2024, publicado em 26 ago. 2024.

PRÁTICAS EDUCATIVAS NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES

LENIZE MARTINS LUNARDI PEDREIRA¹

Resumo

O presente artigo tem como escopo analisar a violência contra mulheres, que encontra sua gênese no patriarcado, oriundo da construção social e da dominação masculina e fincado nas relações de poder (BOURDIEU, 2012; BUTLER, 2003; FOUCAULT, 1999; **BEAUVOIR, 2016; DAVIS, 2016**), bem como vislumbrar como práticas educativas podem ser ferramentas importantes no enfrentamento à violência de gênero, realizando, nesta perspectiva, uma análise, principalmente, da Lei Estadual nº 5.539/2020, do Estado de Mato Grosso do Sul, que incluiu o ensino de noções básicas da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), como conteúdo transversal nas escolas públicas estaduais. O artigo envolve, em seu aspecto metodológico, pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, sobretudo da legislação.

Palavras-chave: Mulher. Patriarcado. Dominação. Legislação. Educação.

Abstract

This article aims to analyze the violence against women, which finds its genesis in patriarchy, arising from social construction and male domination and rooted in power relations (BOURDIEU, 2012; BUTLER, 2003; FOUCAULT, 1999; **BEAUVOIR, 2016; DAVIS, 2016**), as well as as glimpse how educational practices can be important tools in combating gender violence, performing, in this perspective, an analysis, mainly, of State Law n. 5.539/2020, from the State of Mato Grosso do Sul, which included the teaching of basic notions of Law nº 11.340, of August 7, 2006 (Maria da Penha Law), as a transversal content in state public schools. The article involves, in its methodological aspect, bibliographical research and documental research, mainly on legislation.

Keywords: Women. Patriarchy. Domination. Legislation. Education.

Introdução

A Constituição Federal (CF), em seu artigo 226, § 8º, prevê que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Nesse aspecto, é importante lembrar que a situação da violência doméstica

1] Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul. Foi promotora de Justiça no Estado do Paraná e no Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela UFGD. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD. Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD. E-mail: lenizelunardi@hotmail.com.

e familiar contra a mulher no Brasil foi objeto de caso levado por Maria da Penha Fernandes junto ao Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) - CASO 12.051 MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES VS BRASIL. A CIDH expediu diversas recomendações ao Estado Brasileiro, não raras vezes omissa na prevenção/repressão dessa espécie de crimes, destacando-se, dentre elas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil” (CIDH, 2001, n.p.).

Após alguns anos e lutas de movimentos sociais, especialmente o movimento feminista – a exemplo do trabalho desenvolvido pelo Consórcio de Organizações Não Governamentais (ONGs) feministas na produção legislativa em questão –, foi promulgada no Brasil a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), a qual tem suas raízes não só na recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), mas também no § 8º do art. 226 da Constituição Federal (CF) já citado, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Com a Lei nº 13.104/2015, foi inserido no Código Penal o crime de feminicídio, que consiste no homicídio praticado contra mulher por razões da condição do sexo feminino (seja envolvendo violência doméstica e familiar, seja por menosprezo ou discriminação à condição de mulher). A princípio, a lei o tratou como qualificadora (voltada, em termos jurídicos e de forma sintetizada, à majoração da pena) do crime de homicídio.

Posteriormente, foi sancionada a Lei nº 14.994/24, que ampliou para até 40 anos a pena para casos de feminicídio. A nova lei, além de contemplar outras inovações criminais voltadas ao enfrentamento da violência de gênero, também define o feminicídio como crime autônomo.

A tipificação penal do feminicídio, por si só, não resulta na erradicação da violência contra as mulheres, nem impede que mulheres sejam assassinadas pelo fato de serem mulheres; não altera todo um sistema patriarcal construído historicamente, porém, não se pode negar, representa processos de luta, ocupa espaço nas relações de poder e traz à tona discursos com potência de transformar a realidade; o problema é nomeado, identificado, reconhecido e, por consequência, desnaturalizado (BRAVO, 2018; RUSSEL; RADFORD, 1992). No mais, facilita a formulação de estatísticas precisas e, por consequência, de políticas públicas mais eficazes.

Todavia, mesmo com o endurecimento penal em relação aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, o Brasil continua a ter altos índices de crimes dessa natureza. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2009), a cada ano, cerca de 1,3 milhão de mulheres são agredidas no Brasil. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Estado brasileiro ocupa a quinta posição na taxa de feminicídios – a média é de 4,8 assassinatos para cada 100 mil mulheres.

Somente no ano de 2023, conforme Anuário de Segurança Pública, quando somadas, as modalidades de violência contra mulheres (homicídio e feminicídio, nas

modalidades consumadas e tentadas, agressões em contexto de violência doméstica, ameaça, perseguição, violência psicológica e estupro) chegam a 1.238.208, apresentando crescimento, quando cotejada com os dados de 2022. Ainda, os feminicídios, em 2023, cresceram 0,8% em relação ao ano anterior, sendo 1.467 mulheres mortas por razões de gênero, o maior número já registrado desde a publicação da Lei nº 13.104/2015 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2024).

Especificamente no Estado de Mato Grosso do Sul (EMS), os índices de mortes violentas de mulheres, por questões de gênero, também são inquietantes. No ano de 2024, segundo dados do Monitor da Violência, elaborado pelo governo estadual, por meio da Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado (SEJUSP) e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJMS), foram registrados 35 feminicídios consumados. No Dossiê do Feminicídio, confeccionado pelo Ministério Público do Estado de Mato de Grosso do Sul, extraem-se, no ano de 2024, 109 feminicídios, entre crimes tentados e consumados.

Os dados evidenciam que a repressão, embora de suma importância, não tem trazido uma resposta suficientemente satisfatória para a erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Assim, as ações preventivas merecem atenção, sobretudo aquelas educativas, ligadas ao público escolar.

Quanto ao método, o trabalho se lastreará no hipotético-dedutivo, valendo-se dos procedimentos instrumentais/técnicos da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental.

Nessa perspectiva, busca-se compreender como práticas educativas podem ser ferramentas importantes na diminuição/erradicação da violência doméstica e familiar contra mulheres. Para tanto, na seção inaugural, far-se-á um breve estudo acerca das raízes da violência contra as mulheres, com ênfase no patriarcado e na dominação masculina (BOURDIEU, 2012; BUTLER, 2003; FOUCAULT, 1999; BEAUVOIR, 2016; DAVIS, 2016). Na sequência, analisar-se-á o aspecto preventivo no enfrentamento dos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher. Por fim, na derradeira seção, o estudo recairá sobre o manejo de práticas educativas como uma das possibilidades para prevenção da violência contra as mulheres.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PODER PATRIARCAL E A VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES

“Honra de marido enganado só com a morte dos culpados podia ser lavada” (AMADO, 2008, p. 4). Essa era a voz que ecoava nos idos de 1925, na progressista Ilhéus, após o fazendeiro Jesuino Mendonça matar a tiros de revólver sua esposa, Dona Sinhazinha Guedes Mendonça, e o Dr. Osmundo Pimentel, cirurgião-dentista, após flagrá-los em infidelidade conjugal. Trata-se de reconhecida história marcada na célebre obra de Jorge Amado, “Gabriela, Cravo e Canela”, a qual, embora retrate romance que data de quase cem anos, parece ainda encontrar esteio em tempos hodiernos (PEDREIRA, 2020).

A violência contra mulheres está enraizada na estruturação da sociedade. Foi socialmente construída ao longo dos anos, com base na perpetuação da relação de

dominação masculina (BOURDIEU, 2012). Essa dominação, na linha do que explica Bourdieu, não existe apenas no âmbito doméstico (embora mais visível neste *locus*), mas também em outras instâncias, como a escola, o Estado e a Igreja. Isso se aperfeiçoa por intermédio da transmissão/imposição de princípios dominadores de um sexo (masculino) sobre o outro (feminino). Utiliza-se das diferenças biológicas (anatômica dos órgãos sexuais), como escolhas orientadas (ressaltando as diferenças e obscurecendo as semelhanças), para justificar o tratamento diferenciado dado a homens e mulheres, valendo-se de uma construção social do corpo, que subsidia a visão androcêntrica.

Nesse norte, a visão/divisão arbitrária do biológico serve apenas como uma justificativa para orientar a dominação; um constructo social do corpo com a finalidade de explicar e justificar a discriminação contra as mulheres (BUTLER, 2003).

As mulheres são, histórica e socialmente, relegadas a funções tidas como inferiores (divisão sexual do trabalho) e submetidas a todo tipo de violência – física, sexual, psicológica, moral e simbólica, esta última “doce” e “quase sempre” invisível (BOURDIEU, 2012, p. 47).

É nesse contexto que se mostra indispensável, para compreender o crime fatal contra mulheres pela condição de serem mulheres (feminicídio), estudar o patriarcado e todo o aparato social que o cerca neste trabalho histórico de eternização (Bourdieu, 2012), que, por certo, não é algo mais indiscutível, sobretudo pelo projeto crítico desenvolvido pelo movimento feminista.

Foucault (1999), no desenvolvimento de suas ideias, questiona a constituição da categoria sexualidade de *per se*, compreendendo-a a partir das relações de poder, definidas na história e de acordo com os contextos socioeconômicos e culturais. O corpo, então, é visto como *locus* de poder e, por corolário, de dominação. Ainda, em seus estudos, contempla contribuições importantes sobre a desconstrução dos modos de dominação existentes e reconstrução de subjetividades, em um novo *ethos* filosófico.

A despeito de algumas críticas por omitir em sua análise aspectos relativos ao gênero e à erótica feminina (NARVAZ; NARDI, 2007), os estudos foucaultianos servem de lastro para a teoria feminista (DIAMOND; QUINBY, 1998), que desenvolve um projeto crítico, contra-hegemônico, em defesa dos direitos das mulheres, e registram o caráter cultural, construído socialmente, do gênero e da sexualidade, questionando as oposições binárias (BUTLER, 2003; SILVA, 2014).

Nesse sentido, Beauvoir (2016) defende que, a despeito de o sexo ser fator biológico do ser humano, o gênero foi construído pela sociedade, sendo marcado pela hierarquia dos homens em relação às mulheres, bem como pela opressão destas. Não se pode olvidar, ainda, que a situação enfrentada pelas mulheres apresenta ainda mais gravidade quando é analisada a partir de um estudo sobre a interseccionalidade entre raça, gênero e classe, pois criam diferentes tipos de opressão (COLLINS; BILGE, 2021; DAVIS, 2016; RIBEIRO, 2018).

O patriarcado e todo o aparato social que o cerca neste trabalho histórico de eternização (BOURDIEU, 2012) encontram-se, assim, na gênese da violência doméstica e familiar contra a mulher. As relações de poder que foram construídas ao longo dos anos, ao que se extrai, demonstram que mulheres morrem, diariamente,

pela condição de serem mulheres.

Após muitas lutas e empenho de movimentos sociais, com destaque para o movimento feminista, leis emanaram-se no cenário normativo brasileiro, com o escopo de reprimir de forma mais enérgica a violência contra mulheres (como a Lei Maria da Penha e a lei que criou o crime de feminicídio). Porém, ao que se tem visto, as mudanças legislativas no âmbito penal/processual penal não têm sido suficientes para diminuir os índices dos crimes envolvendo violência doméstica e familiar e, inclusive, do mais grave deles, o feminicídio.

2. O ASPECTO PREVENTIVO NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

De forma sintetizada, já que não é este especificamente o objeto do trabalho em questão, a sanção penal subdivide-se em medida de segurança e pena. A primeira tem como pressuposto a periculosidade, destinando-se a inimputáveis e semi-imputáveis perigosos, que necessitam de especial tratamento curativo. A última, fincada na culpabilidade, tem como foco os imputáveis e os semi-imputáveis não perigosos, consistindo em uma privação ou restrição de determinados bens jurídicos do autor de um crime ou contravenção penal, com o escopo de retribuir o mal que foi por ele causado (função retribucionista), ressocializá-lo ao convívio social (função preventiva especial positiva) e, mediante intimidação, seja a ele/autor do delito (função preventiva especial negativa), seja à sociedade no geral (função preventiva geral negativa), evitar que novas infrações sejam perpetradas, reafirmando, ainda, o sistema normativo (função preventiva geral positiva). A temática em questão não é pacífica, havendo, ademais, várias teorias modernas que discutem as finalidades da pena, como a Teoria da Prevenção Geral Positiva Limitadora e a Teoria Unificadora Dialética (BITENCOURT, 2014).

Pois bem, feita tal consideração apenas de cunho introdutório à seção, ressalte-se que, embora a repressão e as penas tradicionais (com sua polifuncionalidade) gozem de importância no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, verifica-se que elas não têm sido suficientes. Isto é, os altos índices de violência contra as mulheres (mormente no *locus* doméstico) – sem olvidar, ainda, da cifra oculta existente – a despeito do recrudescimento do sistema penal, demonstram que medidas outras precisam ser implementadas para superação do atual quadro.

Nesse diapasão, a própria Lei Maria da Penha prevê, em seu artigo inaugural, que tem como escopo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra mulher. Ou seja, além de reprimir, tem a finalidade de prevenir agressões contra as mulheres, no âmbito doméstico e familiar. Aliás, no título III, Capítulo, art. 8º, tal diploma normativo elenca medidas integradas de prevenção:

Art. 8º - A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006).

A despeito de a legislação prever ações para prevenir a violência contra mulheres, sabe-se que, nos anos que transcorreram desde a sua edição, a sua aplicação deu-se prioritariamente no sistema de justiça criminal (Polícia Civil, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário), em sua atuação tradicional, trazendo como respostas às vítimas (e à sociedade) eventuais condenações dos acusados a penas privativas da liberdade (quase sempre com prazos exíguos, sobretudo em crimes mais rotineiros, como ameaça e lesão corporal de natureza leve). A reincidência também tem se apresentado cotidianamente,

evidenciando que a punição e o encarceramento, de *per si*, não são suficientes para o enfrentamento desse tipo de violência, a qual, como visto, encontra sua gênese no patriarcado e demanda profundas transformações na sociedade (DEBERT, 2006; RIFIOTIS, 2004).

Essas transformações envolvem práticas de prevenção, como a atuação integrada dos integrantes do sistema de justiça com órgãos de outras áreas (como saúde, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação), mormente levando-se em conta o caráter interseccional que envolve a questão da violência contra as mulheres, exigindo atuação diferenciada e prioritária destinada aos grupos mais vulneráveis (COLLINS; BILGE, 2021; DAVIS, 2016; RIBEIRO, 2018). Um dos motivos que levam à manutenção de ciclos de violência é a falta de encorajamento das mulheres em denunciarem (e manterem as versões acerca dos crimes sofridos), devido à dependência, mormente econômica, do agressor. Diante desse cenário, medidas aptas ao acolhimento dessas mulheres (e de sua prole) e ao seu desenvolvimento interpessoal/profissional são de extrema importância.

Outro ponto de extrema relevância é a realização de estudos sobre a temática de gênero, visando diagnosticar as causas-efeitos da violência doméstica e familiar contra mulher e, assim, desenvolver políticas públicas adequadas à repressão e à prevenção desses delitos. Ainda, destaca-se a necessidade de permanente capacitação sobre questões de gênero e de raça ou etnia dos profissionais que atuam na área de enfrentamento à violência doméstica e familiar. No mais, a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher, apresenta-se como um dos potentes instrumentos de acolhimento adequado à vítima e de investigação apta a atender os anseios da Lei Maria da Penha.

Aufere relevo, também, a adoção de práticas educativas como forma de prevenção à violência doméstica e familiar contra mulher, as quais, aliás, encontram supedâneo nos incisos V, VIII e IX do art. 8º da Lei Maria da Penha e serão abordadas com mais detalhes na seção seguinte.

3. Práticas educativas, Lei Federal nº 14.164/2021 e Lei nº 5.539/2020 do Estado de Mato Grosso do Sul

Ao refletir sobre educação após Auschwitz, Adorno (2003) destaca duas questões que precisam ser observadas: I) a educação infantil, mormente a primeira infância (porque é aqui que o caráter se forma), e II) o esclarecimento geral, visando produzir um clima intelectual, cultural e social que não permita a repetição de tal cenário devastador vivenciado durante a Segunda Guerra Mundial. Prossegue ainda dizendo que o “único poder efetivo contra o princípio de Auschwitz seria a autonomia, para usar a expressão kantiana; o poder para reflexão, a autodeterminação, a não-participação” (ADORNO, 2003, p. 125). No que tange ao enfrentamento da violência de gênero, pode-se dizer que as considerações citadas por Adorno encontram espaço. A educação é um mecanismo para a construção do caráter e busca trazer autonomia, seja a crianças e adolescentes, seja à sociedade no geral, para impedir que a violência se reproduza e se perpetue.

Nesse sentido, o art. 8.º da Lei Maria da Penha tem como suas diretrizes a promoção/realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, direcionadas ao público escolar e à sociedade em geral, além da difusão da lei e dos instrumentos de proteção aos direitos das mulheres. Ainda prevê a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia.

A título de exemplo acerca de práticas educativas que encontram ressonância em tal dispositivo legal, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei nº 4.969/2016 instituiu a “Campanha Agosto Lilás” e o “Programa Maria da Penha vai à Escola”. A primeira é realizada, anualmente, no mês de agosto (em alusão ao mês de sanção da Lei nº 11.340/2006), e tem como público a sociedade no geral, com fins a sensibilizá-la acerca da violência familiar contra mulher e divulgar a Lei Maria da Penha, por intermédio de palestras, ações de mobilização, debates, encontros, eventos etc. Já o “Programa Maria da Penha vai à Escola” envolve ações educativas, voltadas ao público escolar, com prioridade aos alunos do ensino médio das escolas estaduais, não descartando ainda a possibilidade de ser efetivado em escolas municipais e particulares.

Especificamente direcionado ao ensino, o inciso IX do art. 8º da Lei nº 11.340/2006, estampa ainda a necessidade de priorizar, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e o problema da violência doméstica e familiar contra mulher.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que se faz mister a consideração da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º). E, ainda, prevê que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, incluindo o preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (art. 53, *caput*).

Como visto, a questão da violência de gênero é resultado de relações de poder e de dominação e fruto de construção social. Desta forma, o processo de pleno desenvolvimento da criança e do adolescente envolve uma pedagogia e um currículo que lhes oportunizem a construção de capacidade crítica e de questionamento dos sistemas e formas dominantes de representação da igualdade e da diferença (SILVA, 2014), abarcando o estudo acerca da equidade de gênero e a questão da violência doméstica e familiar contra mulher. Identidade, diferença e o vislumbre do outro, para além do respeito e da tolerância, são temáticas que envolvem a pedagogia e o currículo (SILVA, 2014).

Em âmbito estadual, o Mato Grosso do Sul apresentou avanço ao editar a Lei nº 5.539, de 13 de julho de 2020, que estabelece o ensino de noções básicas da Lei Maria da Penha como conteúdo transversal do currículo escolar da rede pública estadual. Posteriormente, em âmbito nacional, e nessa mesma perspectiva, foi sancionada a Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021, a qual, além de instituir a semana escolar de combate à violência contra a mulher, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da

educação básica, como tema transversal, observadas as diretrizes da legislação correspondente e a produção e distribuição de material didático adequado a cada nível de ensino.

A inclusão de temas transversais, isto é, aqueles voltados a uma educação para cidadania, nos currículos escolares, foi recomendada (sem caráter obrigatório, portanto), num primeiro momento, nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), em 1996, com seis eixos: saúde, ética, orientação sexual, pluralidade cultural, meio ambiente e trabalho e consumo. Na década de 1990, os temas em questão eram abordados nas diversas disciplinas, funcionando como objetivos gerais, organizando e orientando o trabalho docente. Em 2010, foi aprovada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) a Resolução n. 4, de 13 de julho de 2010, que estabeleceu as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais (DCNs) para Educação Básica (com caráter obrigatório), as quais se referiram à transversalidade e aos temas não disciplinares abordados em decorrência de leis específicas ou como organização na parte diversificada do currículo. Outras resoluções do CNE também abordaram diretrizes curriculares, envolvendo temas contemporâneos² transversais, como Resolução n. 7/2010, Resolução n. 1/2004, Resolução n. 1/212 e Resolução n. 2/2012.

Com a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), que é uma determinação nacional obrigatória para a elaboração ou adequação dos currículos e propostas pedagógicas, novos temas foram incorporados como sendo Temas Contemporâneos Transversais³.

Como supramencionado, o Estado de Mato Grosso do Sul elencou como conteúdo transversal, a ser implementado nas escolas públicas estaduais, o ensino de noções básicas da Lei Maria da Penha, que envolve uma educação em direitos humanos, além de aspectos da vida familiar e social (temas arrolados pela BNCC). Os objetivos da legislação estadual contemplam tanto o conhecimento da Lei Maria da Penha nas comunidades escolares quanto o fomento à reflexão crítica entre estudantes, professores e comunidade escolar sobre violência contra mulher, a abordagem de necessidade de registro junto aos órgãos competentes sobre denúncias e as medidas protetivas de urgência e a promoção da igualdade de gênero, prevenindo as práticas violentas contra mulheres.

2] A versão final da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) denominou os temas transversais como temas contemporâneos.

3] “Por fim, cabe aos sistemas e redes de ensino, assim como às escolas, em suas respectivas esferas de autonomia e competência, incorporar aos currículos e às propostas pedagógicas a abordagem de temas contemporâneos que afetam a vida humana em escala local, regional e global, preferencialmente de forma transversal e integradora. Entre esses temas, destacam-se: direitos da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/199016), educação para o trânsito (Lei nº 9.503/199717), educação ambiental (Lei nº 9.795/1999, Parecer CNE/CP nº 14/2012 e Resolução CNE/CP nº 2/201218), educação alimentar e nutricional (Lei nº 11.947/200919), processo de envelhecimento, respeito e valorização do idoso (Lei nº 10.741/200320), educação em direitos humanos (Decreto nº 7.037/2009, Parecer CNE/CP nº 8/2012 e Resolução CNE/CP nº 1/201221), educação das relações étnico-raciais e ensino de história e cultura afro-brasileira, africana e indígena (Leis nº 10.639/2003 e 11.645/2008, Parecer CNE/CP nº 3/2004 e Resolução CNE/CP nº 1/200422), bem como saúde, vida familiar e social, educação para o consumo, educação financeira e fiscal, trabalho, ciência e tecnologia e diversidade cultural (Parecer CNE/CEB nº 11/2010 e Resolução CNE/CEB nº 7/201023). Na BNCC, essas temáticas são contempladas em habilidades dos componentes curriculares, cabendo aos sistemas de ensino e escolas, de acordo com suas especificidades, tratá-las de forma contextualizada.” (BRASIL, 2017).

A pedagogia, neste sentido, pode/deve ser vista em um enfoque da teoria cultural (pós-estruturalista), na qual igualdade e diferença são tidas como questões políticas, empreendendo estudos para se conhecer/entender como são produzidas (SILVA, 2014). Como bem adverte Tomaz Tadeu da Silva, “antes de tolerar, respeitar e admitir a diferença, é preciso explicar como ela é ativamente produzida (...)” (2014, p. 100). Puxando para a temática dos direitos das mulheres, o ensino, que se intitula transversal, precisa tratar das raízes da violência (como ela é produzida e reproduzida), de como os direitos foram conquistados (o caminho percorrido até então), do próprio teor da Lei em si, além de possibilitar o desenvolvimento de habilidade de crítica – dialogando com alteridade (SKLIAR, 2006) – e, como consequência, a possibilidade de transformação social.

Considerações Finais

Consoante foi observado, a dominação masculina e a consequente discriminação contra as mulheres são oriundas da construção social, baseada nas relações de poder, que se perpetuam. A despeito disso, algumas mudanças estão sendo observadas, por intermédio de lutas sociais. Conquistas legislativas, como a Lei Maria da Penha, são exemplos de avanços, mas, por si só, não garantem a mudança do panorama atualmente vivenciado, o qual demonstra os altíssimos índices de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

O cenário demonstra, ainda, que o endurecimento penal e as medidas repressivas, embora importantes, isoladamente considerados, também são incapazes de contemplar a diminuição dos níveis de violência.

Nesse norte, a utilização de práticas educativas aparenta ser uma das medidas aptas ao enfrentamento adequado da violência contra as mulheres, sejam direcionadas aos agressores e às vítimas, sejam à sociedade no geral e, sobretudo, a crianças e adolescentes, que são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Seguindo essa perspectiva, destacam-se campanhas, como “Agosto Lilás”, e projetos, como o “Maria da Penha vai à Escola”, desenvolvidos em âmbito estadual. Também merece destaque a Lei nº 5.539/2020 do Estado de Mato Grosso do Sul, que, no mesmo norte da Lei Federal nº 14.154/2021, dispõe sobre a inclusão do ensino de noções básicas da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) como conteúdo transversal nas escolas públicas estaduais.

Acredita-se que mudanças estruturais necessitam ser implementadas para o rompimento com o cenário atual de violência contra mulheres, sendo que o manejo de práticas educativas pode ser um instrumento hábil a tal empreitada.

Referências

- ADORNO, Theodor W. **Educação e Emancipação**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 3. ed. V. 2. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20.^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. Ed. Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Decreto nº 1973 de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm > Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm> Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4316.htm> Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm > Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Lei nº 13.104/2015, de 09 de março de 2015**, Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm > Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021**, Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher. Brasília, DF. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14164.htm > Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Lei nº 14.994, de 09 de outubro de 2024**, Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para tornar o feminicídio crime autônomo, agravar a sua pena e a de outros crimes praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, bem como para estabelecer outras medidas destinadas a prevenir e coibir a violência praticada contra a mulher. Brasília, DF. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14994.htm > Acesso em 11 de junho de 2025.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. 1.ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DEBERT, Guita Grin. Conflitos Éticos nas Delegacias de Defesa da Mulher. In: DEBERT, Guita Grin et. tal. (Orgs.) **Gênero e Distribuição da Justiça: as delegacias de defesa da mulher na construção das diferenças**. Coleção Encontros. Campinas: Pagu/UNICAMP, 2006, p. 13-56.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed, rev. ampl. – [19. Reimp]. São Paulo: Atlas, 2018.

DIAMOND, Irene. QUINBY, Lee. **Feminism & Foucault: Reflections on resistance**. Boston: Northeastern University Press, 1988.

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. **Lei Estadual nº 4.969, de 29 de dezembro de 2016**. Diário Oficial nº 9.318 de 30 de dezembro de 2016, página 4. Disponível em: < <http://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/08/lei.pdf> > Acesso em 02 de agosto de 2021.

_____. **Lei Estadual nº 5.539 de 13 de julho de 2020**. Diário Oficial nº 10.223, de 14 de julho de 2020, página 3. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/LEI-No-5.539-DE-13_07_2020-1.pdf> Acesso em 19 de julho de 2021.

_____. **Resolução 3.797 de 02 de dezembro de 2020**. Diário Oficial nº 10.340, de 4 de dezembro de 2020, páginas 62-96. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/sed/legased.nsf/65f3e1ade459504752104258634006e6290?OpenDocument&Highlight=2,3.797>> Acesso em 02 de agosto de 2021.

_____. **Currículo de Referência de Mato Grosso do Sul: educação infantil e ensino fundamental**. Disponível em: <http://www.sed.ms.gov.br/wp-content/uploads/2019/07/Curr%C3%ADculo-MS-V28.pdf> Acesso em 02 de agosto de 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2021**. São Paulo: FBSP, 2024. Disponível em: <<https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>> Acesso em 11 de junho de 2025.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: A vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1999.

_____, Michel. O Sujeito e o Poder. In: RABINOV, Paul; DREYFUS, Hubert. **Michel Foucault: um trajetória filosófica – para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero e Gilda Gomes Carneiro; introdução: traduzida por Antonio Cavalcanti Maia; revisão técnica: Vera Portocarrero. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 231-249.

GOVERNO DE MATO GROSSO DO SUL. **Monitor da Violência**. Disponível em: <<https://monitorviolenciacontramulher.sejusp.ms.gov.br>> Acesso em 11 de junho de 2025.

_____. **Projeto Maria da Penha vai à Escola**. Disponível em: <<https://www.naosecale.ms.gov.br/maria-da-penha-vai-a-escola/>> Acesso em 19 de julho de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil. 2009**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv47311.pdf> Acesso em 02 de agosto de 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2020**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/porta1/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/200826_ri_atlas_da_violencia.pdf Acesso em 19 de julho de 2021

MEZZAROBBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da Pesquisa no Direito**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Temas Contemporâneos Transversais na BNCC: contextos históricos e pressupostos pedagógicos, 2019**. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/>>

implementacao/contextualizacao_temas_contemporaneos.pdf> Acesso em 02 de agosto de 2021.

_____. Base Nacional Curricular Comum: educação é a base. Disponível em: < http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf > Acesso em 02 de agosto de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. **Dossiê do Feminicídio**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/w?r=eyJrIjoizTcxODY5YmItMmE0ZC00NGRhLWFmNWMtYTA5MTZkOTZmNzJkIiwidCI6ImU4OTQ5ZDFkLTM1ZDgtNGZkMi05Mzk1LWE2YjZlZTFmYzFmNSJ9> Acesso em: 25 de junho de 2023.

NARVAZ, Martha e NARDI, Henrique Caetano. Problematizações feministas à obra de Michel Foucault. In: **Revista Mal-Estar e Subjetividades**. 2007, vol.7, n.1, pp. 45-70. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482007000100005> Acesso em 19 de julho de 2021.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA DA USP (NEV-USP). **Monitor da Violência**. Disponível em: <<https://nev.prp.usp.br/homicidios/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-feminicidios-em-2019/>> Acesso em 19 de julho de 2021.

ONU MULHERES. **Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (feminicídio/feminicídios)**. Brasil: 2014. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf Acesso em 19 de julho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório nº54/01: caso 12.051, Maria da Penha Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001**. Relatório Anual 2000. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2001. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> > Acesso em 19 de julho de 2021.

PEDREIRA, Lenize Martins Lunardi. **Legítima Defesa da Honra e Tribunal do Júri**. MSJ – Meu Site Jurídico, 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/11/13/legitima-defesa-da-honra-e-tribunal-juri/> Acesso em: 04 de maio de 2023.

PEDREIRA, Lenize Martins Lunardi. **O Feminicídio nas cidades-gêmeas fronteiriças do estado de Mato Grosso do Sul (2015-2021): do patriarcado ao trânsito em julgado**. 2023. 133 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2023.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIFIOTIS, Theophilos. As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a “judicialização” dos conflitos conjugais. **Revista Sociedade e Estado**. v.19, n. 1, p. 85-119, jan/jul. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO. **SED entrega versão preliminar do Currículo de Referência do Ensino Médio para CEE/MS**. Disponível em <https://www.sed.ms.gov.br/sed-entrega-versao-preliminar-do-curriculo-de-referencia-do-ensino-medio-para-cee-ms/> Acesso em 02 de agosto de 2021.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 14. ed. Petrópolis: vozes, 2014.

SKILIAR, Carlos. A Inclusão que é “nossa” e a Diferença que é do “outro”. In RODRIGUES, David. **Inclusão e Educação: Doze Olhares sobre a Educação Inclusiva**. São Paulo: Summus, 2006.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília: 2015. Disponível: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf > Acesso em 19 de julho de 2021.

INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COM PARTICIPAÇÃO EM HOMICÍDIOS. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO GRUPO DE EXTERMÍNIO; ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS PENAIS

LUIZ EDUARDO DE SOUZA SANT’ANNA PINHEIRO¹

RESUMO: O presente estudo tem por desiderato avaliar, sob uma perspectiva teórico-pragmática, a possibilidade de se imputar, cumulativamente, o crime de homicídio majorado pela execução em atividade típica de grupo de extermínio (art. 121, § 6º, do Código Penal) e o delito de integrar organização criminosa (art. 2º, da Lei nº 12.850/13), tendo em vista a recorrente situação fática que, *prima facie*, indica sua possibilidade. Inobstante, tendo em vista a vedação à dupla imputação, decorrente do princípio do *ne bis in idem*, parcela da doutrina aponta pela ilegalidade de sua concretização. Ao final, apresentamos a tese institucional pela legitimidade jurídica na cumulação destes crimes, decorrente da autonomia dos tipos penais em análise.

Palavras-chave: Organização Criminosa; Tribunal do Crime; Homicídio; Grupo de extermínio; “*Ne Bis in idem*”.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: ATUAÇÃO NO BRASIL E CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA A PARTIR DA LEI Nº 12.850/2013. II.a. Principais organizações criminosas de origem brasileira e suas características. II.b. O crime de organização criminosa por natureza: conceito e objetividade jurídica. II.c. Análise do tipo penal e momento consumativo. III. O CRIME DE HOMICÍDIO E A CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DA EXECUÇÃO PRATICADA POR GRUPO DE EXTERMÍNIO. III.a. Objetividade jurídica: a tutela do direito à vida. III.b. Classificações do crime de homicídio. III.b. A causa de aumento prevista no § 6º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro. IV. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCURSO DE CRIMES. IV.a. O princípio do *ne bis in idem*. IV.b. O concurso material entre os tipos penais dos artigos 121, § 6º, do Código Penal e 2º, da Lei nº 12.850/13. V. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO

O cenário da segurança pública no Estado de Mato Grosso do Sul, sobretudo na região fronteira com o Paraguai, tem sido marcado pela disputa do controle do tráfico de entorpecentes e armas de fogo. São reiteradas as notícias de embate entre as maiores organizações criminosas do país, em que os membros filiados atuam no extermínio de dissidentes e outros indivíduos que integram grupos rivais.

1] Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul desde 2010. Mestre em Garantismo e Processo Penal pela Universidade de Girona/Espanha.

Como resultado deste confronto, diversos são os crimes de homicídio noticiados pela imprensa, notadamente diante de suas características bárbaras e modo de execução padronizado. Exemplo desse tipo de ação é o famigerado “Tribunal do Crime”. Este, que não se trata de mero assassinato, precede a ignóbil prática de uma espécie de ‘julgamento’ daqueles taxados de opositores, tendo as mortes determinadas pelos líderes da facção.

Até que haja a determinação para que a vida das vítimas seja ceifada, é comum que passem por longos períodos de tortura e até gravação de vídeos vexatórios a serem divulgados à imprensa, em que são obrigados a enaltecer a organização criminosa que põe fim à sua existência, como imperativo de terror à população e aos rivais.

Diante disso, os julgamentos levados a efeito no Tribunal do Júri têm, em seu polo passivo, integrantes de organização criminosa que atuam no extermínio de pessoas, seja na forma de executores materiais, seja como autores intelectuais – os que decretam a morte.

Nesse contexto fático, à luz da legislação penal aplicável ao caso, surge a problemática no que concerne à incidência, de forma concomitante, da causa de aumento de pena prevista no artigo 121, § 6º do Código Penal (execução em atividade típica de grupo de extermínio) e do crime autônomo tipificado no artigo 2º da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa).

Caso seja possível, que é o posicionamento que defendemos, há uma injustiça com o indivíduo ou uma concretização do dever de tutela por parte do Estado?

O presente estudo, por meio da análise técnico-doutrinária, busca avaliar a ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem* na hipótese de imputação materialmente cumulada entre os dois tipos penais acima mencionados. Isso porque há quem advogue a tese de que esta situação possa se referir a uma mesma circunstância, sendo levada em consideração mais de uma vez, culminando em dupla punição pela mesma circunstância fática.

Desta maneira, num primeiro momento, o ensaio aborda o contexto histórico da criminalidade organizada no Brasil, analisando-se o tipo penal disciplinado na Lei do Crime Organizado (nº 12.850/13).

Na sequência, discorre-se sobre o crime de homicídio, com enfoque à objetividade jurídica e momento de consumação. Por fim, avaliam-se os institutos normativos referentes ao concurso de crimes, definindo-se, também, o papel do princípio do *ne bis in idem* diante do aparente conflito de normas penais incriminadoras, o que possibilita a análise da problemática exposta.

II. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: ATUAÇÃO NO BRASIL E CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA A PARTIR DA LEI Nº 12.850/2013.

A criminalidade organizada constitui, nos dias atuais, uma das maiores preocupações da sociedade civilizada, principalmente pelo elevado grau de sofisticação que tem apresentado ao redor de todo o mundo. Notadamente, diante do avanço da tecnologia e da globalização, os veículos de comunicação constantemente noticiam episódios que revelam o caráter internacional de atuação

desse grupos, bem como seu vultuoso poder aquisitivo, o que, por conseguinte, resulta em considerável poderio bélico à disposição das súcias.

Ocorre que a delinquência organizada não é um fenômeno proveniente da sociedade pós-moderna, porquanto ela existe desde sempre. Os pesquisadores Herrera e Rodríguez citam como exemplo², “os primeiros grupos de assaltantes de estradas da antiguidade, passando pelos sicários da Palestina do século I e os assassinos da Pérsia do século XI, até os grupos de bandoleiros da Espanha romântica”.

É dizer que vários dos grupos criminosos que marcaram a história escrita correspondem, hoje, ao que compreendemos como uma organização criminosa.

Dentro desta perspectiva, não se constitui em demasia afirmar que a atividade destes grupos representa uma ameaça, em escala global, à manutenção de um estilo de vida de acordo com os princípios de um Estado social e democrático de Direito, bem como ao almejado “*welfare state*”.

Ao que consta, mesmo os mais notórios estudiosos da área admitem ainda não possuírem o conhecimento necessário sobre o *modus operandi* destes grupos, fato que dificulta sobremaneira o combate e a prevenção de suas práticas típicas de funcionamento.

Por outro lado, a sociedade tem se empenhado em aperfeiçoar os métodos de enfrentamento a esta mazela. No Brasil, após um grande período de ineficácia das infrações penais definidas pelo legislador, veio a lume a Lei nº 12.850/2013, que finalmente definiu o conceito de organização criminosa e tipificou as condutas inerentes à sua constituição e manutenção³.

II.a. PRINCIPAIS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE ORIGEM BRASILEIRA E SUAS CARACTERÍSTICAS.

O primeiro agrupamento organizado de delinquentes tupiniquins que se tem notícia surgiu em 1979, no interior do presídio Cândido Mendes, no Rio de Janeiro (ergástulo mais conhecido como “Ilha do Diabo”). Mesmo pequeno no início, o bando logo passou a exercer o comando do presídio, demonstrando intensa força e intitulando-se Falange Vermelha.

Após o Poder Público ter demolido a referida penitenciária, o grupo tomou as ruas e rapidamente cresceu, assumindo o controle do tráfico nas favelas cariocas, sendo que, já no início dos anos 80, recebeu o nome de Comando Vermelho, definido pela sigla CV, que mais tarde se tornaria mundialmente conhecida. A propósito, “a principal **manobra** do CV para se perpetuar como uma organização criminosa estável era o auxílio social aos menos favorecidos das comunidades nas quais se instalava” (GRECO; FREITAS, 2020, p. 15).

Atualmente, o Comando Vermelho está instalado em vários estados da Federação brasileira, bem como no exterior. Para além do tráfico de drogas, sua

2] GRECO, Rogério, FREITAS, Paulo. **Organização Criminosa**: comentários à Lei nº 12.850/2013. Niterói/RJ: Impetus, 2020.

3] MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado** – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

atividade é desenvolvida “sob sistema piramidal, fortemente hierarquizado, com o comando dividido entre poucos líderes, atuando no roubo, explosão de caixas eletrônicos, sequestros, extorsão, corrupção, homicídios, dentre outras infrações penais de especial gravidade” (Idem, *Ibidem*).

Já no ano de 1993, no interior da Casa de Custódia de Taubaté/SP (o “Piranhão”), nasceu a organização criminosa intitulada Primeiro Comando da Capital, formada por um pequeno agrupamento de presidiários que agiam a pretexto da luta por melhores condições carcerárias. A ideia surgiu após os internos assassinarem os considerados líderes do “Piranhão” durante um jogo de futebol, quando festejavam as execuções e resolveram assumir o posto (*Idem*, p. 16).

Curiosamente, o PCC (sigla pela qual são mundialmente conhecidos) já nasceu organizado, com denominação própria, *slogan* e um estatuto constituído de 16 artigos, hoje incrementado e difundido no país todo. Esta súcia, a exemplo do CV, expandiu-se para além dos presídios e ostenta o *status* de uma das maiores organizações criminosas do mundo.

Com efeito, Greco e Freitas gizam a atual magnitude do PCC (*Ibidem*):

Especializado na prática de tráfico de drogas, roubos, sequestros, extorsões e homicídio, o PCC atua, hoje, tanto no interior do sistema prisional, de onde comanda o crime e rebeliões, como nas ruas de mais de 22 Estados brasileiros. Possui também forte atuação transnacional, marcando presença e rivalizando-se com traficantes de países como a Bolívia, o Paraguai e a Colômbia. O PCC estaria, também, ligado a grandes grupos terroristas, como Hezbollah, organização política e paramilitar fundamentalista islâmica.

Estima-se que o PCC possua hoje cerca de 30 mil homens em suas fileiras, “batizados” nas mais distintas cidades de praticamente todas as unidades da Federação brasileira e no exterior. [...] É também exigido de seus integrantes o pagamento de uma parcela periódica, em dinheiro, cujo valor varia se o membro estiver preso ou em liberdade. De acordo com o estatuto da organização criminosa, o membro que estiver solto deve contribuir com quem está preso, sob pena de ser condenado pelo grupo à morte.

Outras três organizações criminosas são conhecidas Brasil a fora, mas os quantitativos nem se comparam às outras duas supracitadas (PCC e CV). Com domínio e poder mais regionalizados, são conhecidas como: Família do Norte (FDN), Terceiro Comando Puro (TCP) e Amigos dos Amigos (ADA) (*Idem, Ibidem*).

II.b. O CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA POR NATUREZA: CONCEITO E OBJETIVIDADE JURÍDICA.

No tirocínio do breve panorama histórico exposto no subcapítulo anterior, para fins de conceituação do tipo penal em epígrafe, não se pode olvidar a etimologia do termo organização, “que evidencia uma estrutura ou um conjunto de partes ou elementos, devidamente ordenado e disposto em bases previamente acertadas, funcionando sempre com um ritmo e uma frequência ponderáveis no

cenário prático”⁴.

Nesse passo, também não se pode confundir os conceitos de crime organizado por natureza (tipo penal em análise) com a definição de crime organizado por extensão (que alude às infrações penais praticadas pelo grupo criminoso).

Dito de outro modo. Se, por exemplo, caso seja verificada a existência de organização criminosa especializada em crimes de peculato, os agentes deverão ser denunciados como incurso na Lei nº 12.850/13.

Em se verificando ações específicas, os agentes, membros da Organização Criminosa, além de responderem por integrarem o grupo criminoso, também estarão incurso nos delitos de peculato (CP, art. 312), quando a sua efetiva prática for verificada. É o caso de crime organizado por extensão”⁵.

A esse respeito, o próprio legislador conceituou o tipo penal em testilha (art. 1º, § 1º da Lei nº 12.850/13):

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Indo além, Guilherme de Souza Nucci entende por complementar a definição legal, dizendo que “seja qual for o objetivo da organização criminosa, a sua atuação, em algum ponto e sob determinada medida, termina por se sustentar pelo apoio de servidores públicos mancomunados e aliciados, integrantes do esquema, direta ou indiretamente” (2019, p. 18).

No que concerne à objetividade jurídica, “o bem jurídico tutelado é a paz pública (o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica ”, assim como ocorre com o delito de associação criminosa – CP, art. 288.

II.c. ANÁLISE DO TIPO PENAL E MOMENTO CONSUMATIVO

O núcleo do tipo penal foi definido em quatro modalidades distintas: “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” (BRASIL, 2013).

A diferenciação de cada verbo da norma incriminadora, na ótica de Greco e Freitas, desdobra-se da seguinte maneira (2020, p. 65):

Pela primeira vez, aportou no ordenamento jurídico brasileiro o crime de promover (fomentar, desenvolver, estimular, impulsionar, anunciar, propagandear), constituir (compor, formar, dar existência), financiar (apoiar financeiramente, custear despesas, prover o capital necessário para) ou integrar (participar, tornar-

4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

5] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8. ed. Salvador: JusPODVIM, 2020. GRECO; FREITAS, 2020, p. 64.

se parte de um grupo, associar-se, estabelecer conexão), pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Grifo nosso.

Frisa-se o núcleo integrar: participar, tornar-se parte de um grupo, associar-se, estabelecer conexão. Neste particular, Nucci entende que “em verdade, bastaria o verbo integrar, que abrangeria todos os demais. Quem promove ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente a integra, mesmo como partícipe” (2019, p. 28).

Demais disso, a norma incriminadora elenca, a grosso modo, três requisitos para o reconhecimento da organização criminosa. Senão vejamos.

O primeiro é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, com nítida intenção de estabilidade e permanência, de modo a distinguir a situação de um mero concurso de pessoas (CP, art. 29). Para este cômputo, incluem-se os adolescentes que tenham discernimento suficiente para a perfeita integração aos penalmente imputáveis, tomando parte da divisão de tarefas e no escalonamento interno.

Lado outro, não se admite eventual agente infiltrado para constituir o número mínimo de integrantes da súpia – haja vista a ausência de animus associativo.

Já o segundo requisito é que o grupo possua estrutura ordenada, caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Com efeito, a distribuição das atividades, expressa na elementar ‘divisão de tarefas’, “reforça o sentido de estruturação empresarial que norteia o crime organizado. A divisão direcionada de tarefas costuma ser estabelecida pela gerência segundo as especialidades de cada um dos integrantes do grupo” (LIMA, 2020).

Por fim, exige-se que os integrantes ajam com finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional. Quanto às aludidas infrações penais, “podem ser de qualquer natureza, leia-se, crimes comuns - da competência da Justiça Comum Estadual ou Federal -, crimes militares ou eleitorais, desde que tenham penas máximas superiores a 4 anos, ou de caráter transnacional” (Idem, Ibidem).

Restando configurados os requisitos supra, no momento em que o agente se associar aos demais integrantes da organização criminosa, consuma-se o delito.

Isso porque o crime é formal, eis que não exige qualquer resultado naturalístico para a consumação; de perigo abstrato, bastando a mera formação ou participação em organização criminosa para colocar em risco a segurança da sociedade e permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, enquanto perdurar a união pela vontade dos seus integrantes (NUCCI, 2019, p. 29).

Ademais, trata-se de crime comum, não exigindo condição especial do agente e de forma livre, pois pode cometê-lo por qualquer meio eleito. Ainda, cuida-se de infração penal plurissubsistente, pois praticada em vários atos. O sujeito passivo é a sociedade, porquanto o bem jurídico tutelado é a paz pública. Como visto, o crime é plurissubjetivo, exigindo o concurso mínimo de 4 pessoas (LIMA, 2020; NUCCI, 2019; GRECO; FREITAS, 2020).

Diante deste panorama, revela-se de fácil compreensão as hipóteses de configuração do delito de integrar organização criminosa, especialmente quando a *societas delinquentium* é previamente constituída, sofisticada, hierarquizada,

regulamentada e dotada de propósitos ilícitos conhecidos, difundidos ao longo de toda a extensão territorial do país.

Especificamente ao caso de facções criminosas, a exemplo do Primeiro Comando da Capital ou Comando Vermelho, não é preciso comprovar na investigação que são Organizações Criminosas, pois a existência de tais grupos é reconhecida nacionalmente. Logo, a existência é inconteste.

Compete então ao titular da ação penal a incumbência de demonstrar nos autos que o agente processado *integra* o agrupamento de criminosos, conforme estatuído no art. 2º da Lei nº 12.850/13. Assim procedendo, satisfará o requisito normativo insculpido na legislação.

Consequentemente, ações criminosas que vão além da integração do grupo criminoso. Como consectário, deverá acarretar a responsabilização por delito autônomo, desde que satisfeitos os requisitos do tipo penal incurso.

III. O CRIME DE HOMICÍDIO E A MAJORANTE DECORRENTE DA EXECUÇÃO PRATICADA POR GRUPO DE EXTERMÍNIO

O homicídio, na concepção doutrinária hodierna, conceitua-se como a destruição da vida humana extrauterina a partir da conduta de outrem. Sua nomenclatura, ou seja, o *nomen iuris* do delito, advém da expressão latina *hominis excidium*, que significa extermínio do homem⁶.

Sua história é, no fundo, a mesma história do próprio direito penal, uma vez que, em todos os tempos e civilizações, dentre as distintas legislações, a vida do homem foi o primeiro bem jurídico a ser tutelado – sob o aspecto cronológico –, ocupando também os mais elevados graus de proteção, ante a relevância de seu objeto: a vida⁷.

No Brasil, a proteção à vida tem como fundamento primordial a Constituição Federal, difundindo-se aos demais ramos do ordenamento jurídico. Não por outra razão que a garantia à vida é prevista no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, sendo considerada um direito fundamental em sentido material – indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana. Cuida-se, na lição de Pontes de Miranda, de um direito supraestatal, procedente do direito das gentes ou, ainda, de direito humano em seu mais alto grau⁸.

Em nossa legislação infraconstitucional, o delito de homicídio é tipificado no artigo 121 do Código Penal, tutelando-se, unicamente, a vida humana extrauterina. Por sua vez, condutas danosas à vida intrauterina são incriminadas pelas modalidades de aborto, descritas nos artigos 124 a 126 do mesmo *Códex* (BRASIL, 1940).

Tal disposição no Estatuto Repressivo não é por acaso.

Embora inexista hierarquia expressa entre as normas incriminadoras, a partir de uma sistemática análise da topografia do *Códex*, é possível inferir que o legislador

6] ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234-B). Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

7] LEVENE, Ricardo. **El delito de homicidio**. Buenos Aires: Perrot, 1955.

8] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

estabeleceu uma ordem decrescente de relevância dos bens jurídicos tutelados: os dispositivos legais alusivos aos crimes mais graves iniciam a lista de condutas criminalizadas⁹.

Com efeito, ao inaugurar a Parte Especial do Código Penal – em que passam a ser descritas as condutas incriminadas – elegeu-se o primeiro Título para tratar “dos crimes contra a pessoa” e, de forma preambular, assentou o Capítulo I como responsável por abranger os “crimes contra a vida”.

III.a. CLASSIFICAÇÕES DO CRIME DE HOMICÍDIO

Consigna-se que o CP não define quando um homicídio é considerado simples. Ao contrário, optou o legislador por pontuar, expressamente, as hipóteses em que o homicídio é privilegiado (CP, art. 121, § 1º) ou qualificado (CP, art. 121, § 2º).

Em outras palavras, é a partir de um processo de exclusão que se revela possível concluir pela existência de um homicídio simples – pois ausentes circunstâncias que caracterizam privilégio ou qualquer das qualificadoras¹⁰.

III.b. A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO § 6º, DO ARTIGO 121, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, introduziu ao tipo penal de homicídio doloso nova causa de aumento de pena (§ 6º), no patamar de um terço até a metade, quando o delito foi praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

Não obstante a legislação ser datada de 2012, seu projeto foi proposto em 2007, pelo então Deputado Federal Luiz Albuquerque Couto, sob o nº 370/2007. A propositura teve como fundamento o combate ao crescente extermínio de pessoas praticado em situações de conflitos entre grupos dos mais diversos segmentos da sociedade – tanto civis, como agentes públicos de segurança pública instituindo poderes paraestatais em comunidades periféricas.

A título de exemplos empíricos, o parlamentar mencionou as chacinas do Carandiru (que vitimou presidiários, em 1992), da Candelária (que matou meninos de rua, em 1993) e de Eldorado dos Carajás/PA (que teve como alvo trabalhadores sem-terra, em 1996).

Malgrado o louvável intento originário, ao fim do processo legislativo, a atual redação da Lei nº 12.720/12 foi e continua sendo alvo de severas críticas, notadamente diante de sua precária técnica na redação do texto, pois “prevê a execução por uma única pessoa como ação típica de atividade de grupo. Teria sido menos desafortunada se tivesse limitado a referir-se à ação típica de extermínio”¹¹.

9] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

10] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Coordenação: Pedro Lenza.

11] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Afinal, ao implementar a causa de aumento em debate, o legislador sequer exemplificou o que seria compreendido por “milícia privada” ou “grupo de extermínio”.

Limitou-se a prever a majorante nos artigos 121 e 129, do Código Penal, além de criar o tipo penal do art. 288-A, do mesmo Códex, denominando-o “constituição de milícia privada” (BRASIL, 2012).

Ao se deparar com esta lacuna, a doutrina inicialmente tratou a causa de aumento do homicídio (CP, art. 121, § 6º) sob a perspectiva dos crimes praticados pelas milícias privadas. A título de exemplo, o conceito de “grupo” e de “esquadrão” foi indicado como sendo “aqueles ligados ao extermínio de pessoas, normalmente de justiceiros que buscam eliminar aqueles que, por algum motivo, na visão deles, merecem morrer, realizando uma verdadeira limpeza social”¹².

Nos dias atuais, o conceito de grupo de extermínio não exige, para fins de tipificação, a demonstração de qualquer vínculo específico entre as pessoas que o integram. Ao revés, a análise passa a ser pautada a partir do critério utilizado pelos agentes na escolha das vítimas deste extermínio.

Com efeito, Bitencourt define que a impessoalidade da conduta é a característica fundamental para se configurar uma atividade de extermínio, uma vez que não são as atitudes da vítima que despertam o desejo de matar, mas sim o simples fato de esta pertencer a um agrupamento compreendido, pelos assassinos, como rival (2020, pp. 119-120):

[...] A impessoalidade da ação genocida é uma de suas características fundamentais, sendo irrelevante a unidade ou pluralidade de vítimas. Caracteriza-se a ação de extermínio mesmo que seja morta uma única pessoa, desde que se apresente a impessoalidade da ação, ou seja, pela razão exclusiva de pertencer ou ser membro de determinado grupo social, ético, econômico, étnico etc.

Para caracterizar atividade de grupo de extermínio, não é indispensável que seja executada por pessoas fanáticas de determinadas ideologias, instigadoras ou não de desavenças políticas, econômicas, religiosas etc. Aliás, os três grandes exemplos brasileiros antes referidos não tiveram, pelo que se sabe, qualquer dessas motivações e, no entanto, configuram, claramente, atividades de grupos de extermínio.

Nesse sentido, ao conceituar o instituto em referência, Luiz Régis Prado¹³ faz alusão às semelhanças entre o grupo de extermínio e a milícia particular (que atua como uma instituição paralela, fazendo uso de meios extorsivos e de violência), define que, para fins de configuração do primeiro, basta que os agentes atuem como exterminadores de indivíduo ou grupo de indivíduos que representam entraves à consecução de seus objetivos (2019, p. 775). Vejamos:

O grupo de extermínio, de sua vez, congrega todas as características de

12] ANTUNES, Marcia Arnaud; SARAIVA, Daniela. A ausência de tipificação dos crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privada *[sic]* introduzidos pela lei nº 12.720/12 e sua consequente ineficácia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1- 12, ago-dez. Disponível em: <file:///C:/Users/luizpinheiro/Downloads/100-37-PB.pdf>. Acesso em: 30 agosto 2022.

13] PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

uma milícia particular, mas possui a específica finalidade de exterminar (eliminar, extinguir) indivíduos ou classes de indivíduos que não colaborem ou representem entraves à consecução de seus objetivos. Tanto as milícias privadas quanto os grupos de extermínio podem ser compostos de cidadãos comuns ou policiais (civis, militares), pois a lei não faz qualquer constrição nesse sentido.

De igual maneira, Rogério Sanches Cunha evidencia que os integrantes de grupo de extermínio utilizam-se de “*etiquetagem*” dos alvos para promover a morte, o que, por derradeiro, revela a impessoalidade entre a vítima e os agentes (2018, p. 77).

Com isso, forçoso reconhecer que o posicionamento doutrinário é remansoso no sentido de que o legislador não utilizou a terminologia “grupo de extermínio” como sinônimo de “milícia privada”, de forma que a ligação entre os indivíduos que compõem um agrupamento de morte não precisa se assemelhar ao elo das milícias, notórias envolvidoras de atividades paraestatais – como prestação de serviços de segurança e controle social.

Demais disso, imperioso destacar os consectários processuais de um crime de homicídio perpetrado nessas hipóteses. Com efeito, entende-se que o homicídio possui natureza hedionda quando for qualificado (CP, art. 121, §2º) ou quando cometido em atividade típica de grupo de extermínio (CP, art. 121, §6º), ainda que por apenas um agente, a rigor do disposto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90.

Em outra linha de entendimento, Guilherme de Souza Nucci entende pela inviabilidade de atribuir-se os consectários de um crime hediondo à conduta tipificada como homicídio simples, ainda que esta seja majorada em razão de ter sido perpetrada em atividade típica de grupo de extermínio (CP, art. 121, § 6º).

Não coadunamos com esse posicionamento.

Com a devida vênia, têm-se que a exegese da Lei de Crimes Hediondos permite concluir, com razoável segurança, pela hediondez de um crime de homicídio simples majorado pela execução em típica atividade de grupo de extermínio. Trata-se de uma disposição objetiva fixada pelo legislador, que conferiu maior reprovabilidade aos crimes perpetrados por grupos desta estirpe, independentemente da configuração da qualificadora da torpeza, cuja verificação despende intensa valoração do mérito no caso concreto – que, via de regra, ocorre em julgamento pelo Tribunal do Júri.

IV. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCURSO DE CRIMES

Neste tópico, abordam-se, sinteticamente, dois dos institutos jurídicos que regulam a fixação da pena nas situações em que o agente ou grupo de autores atuando em unidade de desígnios, pratica duas ou mais infrações penais. Diante da pluralidade de delitos e de reprimendas, advém a expressão “concurso de crimes”.

Frisa-se que, quando se está diante de concurso de crimes, é pressuposto que o agente efetivamente cometeu cada uma das infrações penais, restando superadas as hipóteses caracterizadoras do princípio da consunção⁵ (GONÇALVES, 2020, p. 891). Até porque trata-se de fixação da pena, momento posterior à análise da conduta típica.

São dois os sistemas propostos para a aplicação da pena em nossa legislação.

O *cúmulo material* determina a soma das penas aplicadas para cada um dos crimes, ao passo que a *exasperação* prevê a aplicação da pena mais grave, aumentada de determinado *quantum* – o qual é geralmente indicado em frações, como 1/6, 1/3, etc. (PRADO, 2019, p. 514).

Assentadas essas premissas, observa-se que nosso legislador elegeu três espécies de aplicação da pena quando o julgador estiver diante de concurso de crimes, dispondo-as nos artigos 69, 70 e 71, todos do Código Penal.

São, respectivamente, denominados como concurso material, concurso formal e continuidade delitiva.

Neste apontamento, é imperiosa a compreensão de que o termo “ação” utilizado pelo legislador deve ser interpretado como conduta. Nada obstante, para fins de produção de resultados diversos a partir de uma única conduta, é essencial a avaliação do elemento subjetivo do agente¹⁴.

Em situações tais, vislumbra-se que, quando o agente tem em mente uma só conduta, pouco importando quantos delitos vai praticar. Sendo assim, aplica-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas exasperada, em qualquer caso, de um sexto até metade. (NUCCI, 2020; PRADO, 2019).

Sob outro vértice, na segunda parte do art. 70 do Código Penal, está previsto o concurso formal imperfeito, configurando-se “quando o agente, na realização de mais de um crime, tiver consciência e vontade em relação a cada um deles” (BITENCOURT, 2019, p. 450). Nesta situação, as penas se aplicam cumulativamente, de forma semelhante ao concurso material de crimes, a rigor do retrocitado dispositivo legal.

IV.a. O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Este princípio conceitua-se, sinteticamente, como a proibição de dupla condenação por fato único. Esta vedação constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado e se funda em critério de equidade, no direito de liberdade e no devido processo legal, interessa tanto ao Direito Penal quanto ao Processo Penal (PRADO, 2019; GONÇALVES, 2020).

Como é cediço, o princípio telado não é expressamente consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas é incorporado ao ordenamento jurídico por decorrência da própria mens constitutionis, complementando direitos e garantias nela previstos.

Por essa razão, referido princípio integraliza os direitos e garantias individuais previstos na Carta Magna, notadamente pelo exposto em seu artigo 5º, § 2º, aduzindo que “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” (BRASIL, 1988).

Logo, afirma-se que o princípio do *ne bis in idem* possui status constitucional, objetivando tutelar a liberdade do indivíduo (SILVA, 2009).

14] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Nesse sentido, há tempos já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. [...] (HC 80263, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03 PP-00515).

Sem que se possa olvidar os complexos consectários da dupla fundamentalidade (material e formal) de direitos desta magnitude, este ensaio terá como enfoque a importância do princípio do *ne bis in idem* no que tange ao concurso de crimes. Isso porque um de seus aspectos inerentes consiste na “proibição de que o mesmo fato concreto seja subsumido a mais de uma norma penal incriminadora” (GONÇALVES, 2020, p. 199).

Desse modo, a partir da valoração integral do fato, delimita-se a conduta do agente no campo do fato típico, aferindo, precipuamente, o bem jurídico lesionado. Por derradeiro, o princípio do *ne bis in idem* atua como freio ao monopólio da tutela penal estatal, limitando o poder punitivo para que não utilize um único fato para justificar múltiplas punições ou mesmo diversas instaurações de persecução policial ou criminal.

IV.b. POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL ENTRE OS TIPOS PENAIIS DOS ARTIGOS 121, §6º, DO CÓDIGO PENAL E 2º, DA LEI Nº 12.850/13

A par dos apontamentos técnico-doutrinários expostos ao longo deste ensaio, retoma-se a problemática: os integrantes de organização criminosa, ao atuarem em atividades típicas de grupo de extermínio, poderão incidir em ambas as penas cominadas aos delitos de homicídio majorado (CP, art. 121, § 6º) e integrar organização criminosa (art. 2, Lei nº 12.850/13)?

Preambularmente, consigna-se que existe entendimento no sentido negativo, como retratado por Bitencourt, que, apesar de não abordar especificamente estes dois crimes, trata de situação juridicamente análoga, ao discorrer que o agente que integra milícia privada (CP, art. 288-A). Referido autor advoga a tese de que não poderá ser incurso, ao mesmo tempo, nas penas decorrentes da majorante do delito doloso contra a vida e da infração penal autônoma.

Em sua inteligência doutrinária, aduz a possível ofensa ao princípio do *ne bin in idem*, utilizando-se uma mesma situação fática para justificar duas sanções distintas. A despeito disso, assevera a possibilidade de a ilegalidade ser sanada no caso de imputar-se um homicídio simples ou objetivamente qualificado (em que não há valoração da atividade típica do grupo de extermínio), em concurso material com o crime autônomo.

Afirma que, em situações tais, poderia cogitar a incidência da referida causa de aumento, excluindo-se a tipificação de um segundo delito (2020, p. 222).

Nesse mesmo sentido, sustenta Delmanto:

Caso a organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão venha efetivamente a cometer crimes, haverá concurso material entre o delito deste art. 288-A e os demais cometidos pelo grupo, com exceção do homicídio qualificado do art. 121, § 6º, que prevê o aumento de pena de 1/3 até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob pena de *bis in idem*.

Sob outro vértice, parcela mais expressiva da doutrina, posição que comungamos, tem-se sustentado que o posicionamento acima está superado.

De largada, afastam a ocorrência de *bis in idem* sob dois principais argumentos.

O primeiro tem correlação à constatação de que integrar ORCRIM constitui-se como crimes de perigo. Já as ações que atentam contra a vida de outrem, como é o caso de homicídio, cinge-se a crimes de dano.

Este espectro implica afirmar que, aludidas ações criminosas, tutelam bens jurídicos nitidamente distintos, sendo aqueles responsáveis por tutelar a paz pública e estes últimos a vida e o patrimônio.

Com propriedade, CUNHA retrata situações submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal (2018, p. 78):

Para nós, parece que respondem pelos dois crimes (arts. 121, § 6º e 288-A, ambos do CP), em concurso material, não se cogitando de *bis in idem*, pois são delitos autônomos e independentes, protegendo, cada qual, bens jurídicos próprios. O mesmo raciocínio já é aplicado pelo Supremo para não reconhecer *bis in idem* quando se está diante de associação criminosa (anterior crime de quadrilha ou bando) armada e roubo majorado pelo emprego de arma.

O segundo ponto fulcral que indica a inoccorrência de mácula no cúmulo material dos delitos cinge-se ao momento de consumação.

Conforme exposto anteriormente, o agente que integra organização incorre em suas penas no momento em que se filia à malta, imbuído de *animus associativo* – compreendido como a estabilidade e permanência deste vínculo. Já o homicídio se configura a partir do momento em que adere ao plano criminoso de seus superiores e dá início aos atos executórios tendentes a ceifar a vida de outrem, consumando ou não o delito contra a vida.

Demais disso, impende assinalar que o delito previsto na Lei nº 12.850/13 tem *natureza permanente*, protraindo-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento. Ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado (LIMA, 2020, p. 763).

Mais ainda, as penas culminadas no art. 2 da Lei nº 12.850/13 são assim dispostas: “Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”. Grifo nosso.

Como destacado, o próprio artigo 2º da Lei nº 12.850/13 estabelece, de forma expressa, que a configuração do delito não acarreta prejuízo na punição dos atos praticados pela organização criminosa.

Logo, temos que há expressa adoção do sistema da acumulação material, ou seja, pune-se o agente por integrar organização criminosa, assim como deverá responsabilizá-lo com todas as demais infrações penais eventualmente praticadas em nome da malta em que está filiado.

Frise-se que esta junção de fatores é por demais comum em ações envolvendo assassinatos perpetrados por agentes que integram facções criminosas. Uma vez filiado ao grupo criminoso, que possui ampla estrutura hierarquizada e capilaridade no território nacional (e internacional), nota-se que seus “soldados” recebem as ordens de seus líderes para que exterminem eventuais desafetos. Assim procedendo, buscam demonstrar o poderio da organização, causando terror na sociedade, sendo esta uma característica de ação desses criminosos.

Nesta conjectura, é inequívoca a pluralidade de condutas delitivas e de resultados, com ofensa a bens jurídicos distintos, violados em momentos diferentes. Resta clarividente a possibilidade de aplicação do artigo 69 do Código Penal.

V. CONCLUSÃO

Resta notabilizado que a criminalidade organizada no Brasil é dotada de complexa estrutura, hierarquização e distribuição de tarefas, sendo inequívoco que as facções criminosas possuem mecanismos de captação e sustento de seus membros, mantendo-os à disposição dos interesses malignos de seus líderes.

Em atividades típicas de grupo de extermínio, “generais e soldados do crime” estão conectados pelo mesmo ideário criminoso. É corriqueira a constatação de que faccionados recebem a incumbência dos líderes para dar cabo à vida dos supostos desafetos.

Assim, protagonizam o julgamento popularmente chamado de “Tribunal do Crime”, cujos rituais adotados possuem como marca a violência extrema, própria de conflitos radicais.

Os missionários do crime se valem de torturas seguidas de degolas, decapitações, incêndios e outras ações tendentes a desumanizar o “rival”.

Senão bastasse isso, obrigam o “sentenciado” a proferir dizeres vangloriando a facção, filmando-o até a morte e, ainda, promovem a divulgação dessas ações como uma forma de mostrar triunfo entre eles, com a reiterada tentativa de reafirmação de poder perante a sociedade, amedrontando a todos.

Quanto aos missionários, uma vez aderida e cumprida a determinação, a eles são concedidas as mais diversificadas benesses no contexto do crime. E tais vantagens são concedidas em razão de a ação homicida ser entendida internamente como um ato de coragem. Os assassinos selecionados pelos líderes matam para obter respeito no agrupamento. Em geral, tais pessoas, então como meros integrantes da

ORCRIM, encontram espaço na organização, escalando degraus na célula criminosa.

Nesse cenário, sua caracterização, nos moldes do artigo 1, § 1º, da Lei nº 12.850/13, não é de difícil comprovação, uma vez que se define como a “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza[...]”.

Por conseguinte, quando um determinado grupo de pessoas é selecionado pela liderança de uma expressiva organização criminosa, com o propósito de praticar o extermínio daqueles que possam representar entraves à consecução de seus objetivos, afigura-se a problemática exposta.

Como visto, autores e partícipes destas execuções estão unidos pelas mesmas razões, qual seja, impor a tudo e a todos as regras de obediência à disciplina da criminalidade organizada, exterminando aqueles que forem sentenciados à morte.

Como assentado, há dois momentos distintos em que se afiguram lesões a bens jurídicos bem delimitados.

Inicia-se com a integração à organização criminosa, que se consumou em momento pretérito ao delito doloso contra a vida. Assim procedendo, o associado a agrupamentos desta estirpe representou (e continua representando) um permanente risco à paz pública, ao engrossar o número de pessoas disponíveis aos interesses de obtenção de vantagem ilícita.

Sua participação nos homicídios ora deliberados passa a constituir atividade típica de grupo de extermínio, sendo esta ação independente. Logo, passível de repressão penal, sem que se possa aventar violação ao princípio do ne bis in idem.

Afinal, o extermínio dos taxados como opositores, a despeito de sua reprovabilidade e considerável gravidade, representa, àqueles que compõem os quadros da súcia, como uma mera ordem. É dizer que, estando à disposição dos interesses nefastos desses agrupamentos, os agentes de um crime de homicídio estão, ao mesmo tempo, sujeitos a inúmeras ordens para práticas criminosas diversas, o que revela, indubitavelmente, a cisão entre as circunstâncias fáticas que fundamentam a aplicação dos institutos normativos penais em cotejo.

Portanto, conclui-se que, sempre que constatado que o autor do homicídio é integrante de organização criminosa e/ou associação criminosa e agiu mediante deliberação do núcleo liderança, constitui-se em atividade típica de grupo de extermínio.

Como consectário, deve(m) estar sujeito(s) à imputação cumulativa da majorante prevista no art. 121, § 6º, do Código Penal, sem prejuízo do delito autônomo, tipificado no art. 2º da Lei nº 12.850/13 ou art. 288 do Código Penal, nos termos do art. 69 do Código Penal.

Para tanto, o autor da ação penal deverá descrever na denúncia que, antes de aderir ao plano homicida, o agente já integrava a organização criminosa e/ou associação criminosa.

Para esse reconhecimento, os crimes deverão ser objeto de quesitos específicos no julgamento perante o Tribunal do Júri.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Marcia Arnaud; SARAIVA, Daniela. A ausência de tipificação dos crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privada [sic] introduzidos pela Lei nº 12.720/12 e sua consequente ineficácia. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-12, ago-dez. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 22 maio 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- . Tratado de direito penal: Parte Especial. Vol. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2021.
- Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Acesso em: 22 maio 2021.
- Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 22 maio 2021.
- Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define Organização Criminosa e Dispõe Sobre A Investigação Criminal, Os Meios de Obtenção da Prova, Infrações Penais Correlatas e O Procedimento Criminal; Altera O Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 (código Penal); Revoga A Lei nº 9.034, de 3 de Maio de 1995; e Dá Outras Providências. Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 22 maio 2021.
- Assembleia Legislativa Nacional. Projeto de Lei Federal PL nº 370/2007. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos, e dá outras providências. Apresentação em 08.03.2007. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01kr9l6qd0gn38ocsvwsxlgoj84853378.node0?codteor=440879&filename=PL+370/2007>. Acesso em: 22 maio 2021.
- Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80263. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Diário de Justiça. Brasília, 27 jun. 2003. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000098867&base=base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000098867&base=base%20Acordaos)>. Acesso em: 21 maio 2021.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: Parte especial arts. 121 a 212. Vol. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- ESTEFAM, André. Direito penal: parte especial (arts. 121 a 234-B). Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GRECO, Rogério. Código penal comentado. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014
- FREITAS, Paulo. Organização Criminosa: comentários à Lei nº 12.850/2013. Niterói/RJ: Impetus, 2020.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- JESUS, Damásio de. Direito penal parte especial: crimes contra pessoa a crimes contra o patrimônio. Vol. 2. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Atualização: André Estefam.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- LIVRAMENTO, Alice Schlickmann Rottgers do. Homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio e a incidência do artigo 288-A do Código Penal: análise de eventual bis in idem em face do

concurso de crimes. Tubarão, 2017. 79 f. Monografia (Bacharelado) – Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

- MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. Cient. ESMPU, Brasília, a, p. 11-75, 2005.

- MARÇAL, Vinícius. Crime organizado – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1986.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

. Organização Criminosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- SANTA TERRA JÚRNIO, João. PCC a organização criminosa primeiro comando da capital: dos aspectos criminológicos, constitucionais e político-crimeis à análise dogmático-penal da responsabilidade dos integrantes e colaboradores – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

