

**CONSENSO NO PROCESSO PENAL: A NECESSÁRIA
PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO****CONSENSUS IN THE CRIMINAL PROCESS: THE EFFECTIVE PARTICIPATION OF
THE VICTIM IN THE NON-PERSECUTION AGREEMENT**

Isabelle Rocha Valença Figueiredo

Mestranda em PJDH (UFT/ESMAT). Pós-Graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção (ESMAT), com extensão em Combate ao Crime Organizado (Universidade de Roma "TorVergata"). Especialista em Direito Público e em Processo Penal. Promotora de justiça, no Ministério Público do Estado do Tocantins. Membro da Diretoria da Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP). bell_figueiredo@hotmail.com

José Wilson Rodrigues de Melo

Doutor. Professor associado I – UFT. Pós-Doc em Science de L'Éducation (UdM_CA). Doutor em Ciências da Educación (USC-ES). Membro do Colegiado do Mestrado Profissional em PJDH (UFT/ESMAT) e Colegiado de Pedagogia (UFT). jwilsonrm@uft.edu.br

RESUMO

O presente artigo objetivou analisar a construção do consenso no processo penal, por meio do artigo 28-A do Código de Processo Penal brasileiro. A ênfase foi dada na participação da vítima na construção do acordo de não persecução penal. Com destaque ainda para as ações do Ministério Público. Isso na tentativa de aproximar a vítima do processo e as medidas legislativas voltadas para essa figura processual. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado e da legislação brasileira. Nesse propósito, foram estudados, inicialmente, os aspectos gerais sobre o consenso no processo penal, a partir da reanálise da estrutura do processo penal brasileiro na busca de explorar a sua conceituação e o seu aspecto restaurativo. Na segunda parte do estudo, fez-se uma análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao esmiuçar o acordo de não persecução penal, com passagem pelos planos de existência, validade e eficácia. Na sequência, foi analisado o objeto do referido acordo, para se chegar à reparação do dano causado à vítima. A partir daí, foram expostos os meios de participação da vítima na construção do consenso. Assim, o destaque foi para as ações efetivas a serem tomadas pelos membros do Ministério Público na trazida da vítima para a construção do acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Consenso. Processo Penal. Acordo de Não Persecução Penal. Vítima. Ministério Público.

ABSTRACT

This article aimed to analyze the construction of consensus in the criminal process, through article 28-A of the Brazilian Penal Procedure Code. The emphasis was placed on the victim's participation in the construction of the non-criminal prosecution agreement. Also noteworthy are the actions of the Public Ministry. This is an attempt to bring the victim closer to the process and the legislative measures aimed at this procedural figure. The bibliographic referential methodology was adopted in the research, using books, articles and works that deal with the subject studied and Brazilian legislation. In this regard, the general aspects of consensus in the criminal process were initially studied, based on a reanalysis of the structure of the Brazilian criminal process in an attempt to explore its conceptualization and its restorative aspect. In the second part of the study, an analysis of article 28-A of the Code of Criminal Procedure was carried out, by scrutinizing the non-criminal prosecution agreement, passing through the existence, validity and effectiveness plans. Subsequently, the object of the agreement was analyzed, in order to arrive at reparation of the damage caused to the victim. From there, the victim's means of participation in building consensus were exposed. Thus, the highlight was the effective actions to be taken by members of the Public Ministry in bringing the victim to the construction of the agreement.

KEYWORDS: Consensus. Criminal proceedings. Non-Persecution Agreement. Victim. Public Ministry.

I. INTRODUÇÃO

○ Brasil passou a experimentar a possibilidade de um acordo entre o Ministério Público e o autor do fato criminoso, em 1995. O propósito foi evitar que este viesse a responder ao processo penal pelos crimes praticados. Surgia, então, a transação penal.

Nos crimes de menor potencial ofensivo, em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e considerados os demais requisitos que autorizariam a suspensão

condicional da pena. Ver artigo 89 da Lei nº 9.099/95. (BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, *Online*).

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181 (BRASIL, 2017), trazendo ao ordenamento jurídico nacional o “acordo de não persecução penal”, vinte e dois anos depois. A Resolução inovava o ordenamento nacional ao criar a possibilidade de acordo entre o membro do Ministério Público e o investigado por crimes de médio potencial ofensivo. O referido documento, no entanto, foi objeto de questionamentos sobre a sua constitucionalidade.

Nesse quesito específico, ficou observada a existência de um grave erro. Como foi posto em artigo publicado voltado às observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. Assim comentaram os autores:

Esse grave erro deriva do próprio conceito de interesse de agir utilizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Segundo a melhor doutrina, o interesse de agir se justifica pela necessidade do provimento judicial e pela adequação do provimento pedido à vontade da lei⁷¹. Assim, se a imposição de pena não cabe ao Ministério Público, mas ao Poder Judiciário, e se a pena a ser imposta por este último estiver dentro dos limites legalmente previstos, não há como negar a permanência do interesse de agir, mesmo com a realização e cumprimento do acordo de não-persecução penal por parte da pessoa investigada. Se, como, representante da sociedade, não cabe ao Ministério Público a “autoexecutoriedade do direito de punir”⁷², por óbvio que, em razão disso, latente estará o interesse de agir a justificar o ajuizamento da ação penal pública, que, no caso, caberá a ele próprio (ANDRADE e BRANDALISE, 2017, p. 253 -254).

A Lei nº 13.954, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), tornou, ao menos no aspecto formal, inquestionável a constitucionalidade do acordo de não persecução penal. Este passou a integrar o Código de Processo Penal, inserindo ali o seu novo artigo 28-A.

O foco dessas inovações legislativas sempre foi o criminoso. É a ele a quem se destinam todas as medidas despenalizadoras; é a ele a quem se destina a política criminal, as garantias do processo justo. Contudo, as vítimas também fazem parte do ato criminoso, são elas as primeiras violadas, psiquicamente, moralmente e até fisicamente.

É certo que, durante a evolução do direito penal, a vítima foi, de forma paulatina, sendo relegada a um papel secundário, coadjuvante. Desse modo, para a compreensão do fenômeno criminoso, a criminologia por muito tempo dedicou-se tão somente à tentativa de compreender as nuances do autor dos delitos. Somado a isso, a retirada do ofendido da relação processual penal também co-

laborou para tal cenário. Portanto, o poder punitivo é exercido pelo estado na imensa maioria dos delitos existentes.

Gomes, ao dissertar sobre a posição da vítima no processo penal brasileiro, chegou à seguinte conclusão:

Dessa forma, quando se fala em uma maior proteção do Estado para com a vítima, deve-se entender como um tratamento especializado que toda a pessoa merece após a ocorrência do delito, que em nada atinge os direitos e garantias do acusado ou colide com eles. Deve-se anotar, porém, que a concessão de direitos como tratamento especializado, sala reservada, demandam investimentos do Estado. E, sabe-se que a sobre vitimização não será afastada apenas pela previsão legal de direitos, mas, somente, pela efetivação de seus direitos (GOMES, 2012, p. 114).

Diante do exposto, pode-se considerar que, sendo a vítima a destinatária direta da correta aplicação da norma penal, os seus interesses se revestem de máxima importância. A dignidade humana da vítima está alicerçada na resposta estatal ao mal que lhe foi causado. Não seria este o papel da justiça diante da esperada paz social?

Dito isso, é plausível a tese de que a participação da vítima no acordo de não persecução penal é o primeiro passo para a efetivação de uma justiça de fato restaurativa.

A Organização das Nações Unidas (ONU) concebe a justiça restaurativa do seguinte modo:

A Justiça Restaurativa refere-se ao processo de resolução do crime focando em uma nova interpretação do dano causado às vítimas, considerando os ofensores responsáveis por suas ações e, ademais, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação das partes é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção do relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor (ONU, 2006). [Traduzido].

Para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a <<Justiça Restaurativa>> constitui um todo ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias. Esse conjunto visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, em que aparecem os conflitos geradores de dano, concreto ou abstrato, e são solucionados de modo estruturado (BRASIL. CNJ, *online*).

Mesmo com a ênfase dada ao conceito supracitado, a leitura do artigo 28-A do Novo Código Penal Brasileiro evidencia que o legislador timidamente tratou de garantir a vítima tão somente o seu direito à reparação do dano, mas não lhe deu uma participação mais ativa no negócio a ser celebrado.

Ainda dessa leitura, observa-se que se limitou o legislador a determinar que a vítima seja intimada da homologação do acordo e do seu eventual descumprimento pelo investigado. Não há sua intimação sequer para acompanhar o ato homologatório em juízo.

Ao que possa indicar, a novel legislação ainda se apresenta como insuficiente na solução de questões relacionadas à vitimologia no processo penal brasileiro. No entanto, apesar de buscar minimizar os males de um processo para o criminoso, foi incapaz de destinar uma atenção similar à vítima.

Dessarte, é possível que os agentes estatais envolvidos no acordo de não persecução penal se esforcem nas tratativas, de modo a formular o referido acordo com a verificação constante da máxima restauração da dignidade da vítima.

Rodrigues explicita, ao dissertar sobre a vítima e o processo penal brasileiro, que

O resgate da vítima no processo deve partir necessariamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, inicialmente invocado em favor do acusado, também precisa servir de vetor para o aperfeiçoamento de uma maior proteção da vítima, visando a uma maior humanização do processo penal. Para uma melhor análise acerca desse aperfeiçoamento, propõe-se a divisão dos direitos da vítima nas seguintes vertentes: a) direito à proteção; b) direito à informação; c) direito à participação; d) direito à solução consensual do processo, divisão essa que se prestou de arcabouço ao desenvolvimento do presente estudo (RODRIGUES, 2012, p. 9).

É acerca deste objeto de estudo que se debruça o presente artigo, visando analisar o consenso no processo penal, a formação e a aplicação na prática forense do novo instituto e a sua utilização, de forma a trazer mais dignidade às vítimas de crimes.

Nesse propósito, foram estudados, inicialmente, os aspectos gerais sobre o consenso no processo penal, a partir da reanálise da estrutura do Processo Penal brasileiro na busca de explorar a sua conceituação e o seu aspecto restaurativo. Na segunda parte do estudo, fez-se uma análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao esmiuçar o acordo de não persecução penal, com passagem pelos planos de existência, validade e eficácia. Na sequência, foi analisado o objeto do referido acordo, para se chegar à reparação do dano causado à vítima. A partir daí, foram expostos os meios de participação da vítima na construção do consenso.

2. O CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Em uma análise dos meios de reação aos conflitos penais, dois modelos logo se apresentam: no primeiro deles, a vítima tem um papel protagonista, participan-

do diretamente na pena aplicada ao criminoso; no segundo, o sistema punitivo é vertical, sendo o exercício do poder de punir atribuído a um terceiro, sem vinculação aos agentes do ato criminoso.

Quando tomado em uma vertente histórica, tem-se o registro sobre o atual modelo de reação aos conflitos penais. As bases do modelo foram firmadas com o surgimento dos estados nacionais. Isso entre o fim do século XII e início do século XIII. Essa gênese se deu com a criação de uma estrutura de poder centralizado.

Rafael Oliveira esclarece que o sistema penal atual é composto por quatro características indissociáveis, surgidas em conformidade com o modelo medieval: um poder exterior, que não apenas regulamenta a punição, como também decide sobre ela; o aparecimento do representante do soberano, que, sob a alegação da afronta à lei, afasta a vítima da perseguição do seu malfeitor e o faz em nome do soberano; a noção de que o criminoso pratica um dano à vítima é substituída pela ideia de infração à lei, à sociedade e ao soberano; e a reparação do dano passa a ser feita pelo próprio soberano, criando a ideia de multa (OLIVERIA, 2015, p. 19).

A partir de então, a verticalização do sistema de punição penal foi firmada. Assim, o mundo vivencia um modelo em que a vítima é afastada do poder de firmar a sanção a ser aplicada ao seu agressor.

Contudo, com os horrores vividos durante a primeira metade do século XX, o direito, como um todo, encara uma nova perspectiva de democratização e de crescimento do seu aspecto social. Desse modo, as vítimas passaram a ocupar, novamente, uma posição de destaque na relação com o crime e o criminoso. Obviamente em razão dos dramas humanos vivenciados.

Esse novo cenário social, envolto a questões de cunho jurídico-político, repercute no plano do Direito Processual Penal. Isso faz com que se idealize um processo instrumentalizador de aplicação da norma penal. Assim, ficaram incluídas as questões de política criminal e da própria criminologia.

Emília Merlini Giuliani explica toda essa mudança, por haver sido ensejada a migração da lei imposta para a justiça negociada. Desse modo, os procedimentos tornaram-se mais flexíveis e informais. Ainda prossegue em sua análise, ao afirmar que

partindo de uma ótica interna ao direito penal, percebe-se que a crise de legitimidade e eficiência agravou-se com a expansão do direito penal, que trouxe problemas de 'aderência aos valores e interesses impostos pela norma' conjuntamente com a dificuldade de operacionalização frente à nova leva de crimes ou medidas intervencionistas. Desta forma, uma decisão negociada a respeito dos conflitos mostra-se mais aceita tanto socialmente quanto pelas partes envolvida se, por conseguinte, mais facilmente cumpri-

da, trazendo benefícios ao funcionamento do sistema como um todo” (GIULIANI, *online*).

No Brasil, está a ganhar mais espaço o Direito Processual Penal Consensual. Assim, as respostas tradicionais do sistema vertical punitivo cedem lugar a soluções alternativas ao processo e à aplicação da pena ou da medida de segurança.

Apesar de a discussão sobre o tema ter ganhado mais destaque com a divulgação da Operação Lava Jato, os institutos de direito processual penal consensual já funcionam há muito tempo. Isso como exemplo da transação penal instituída pela Lei nº 9.099, de 1995 (BRASIL, 1995). Outros exemplos: o *pleabargain*, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Cabral esclarece que todos os institutos acima nominados “têm em comum a necessidade de acordo entre as partes legitimadas para figurar no processo penal” (CABRAL, 2020, p. 66).

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em 2019, o Brasil passou a contar com a Lei nº 13.964, que deu ao acordo de não persecução penal um caráter de lei ordinária. O Código de Processo Penal passou a contar com o artigo 28-A, que traz a seguinte prescrição legislativa no *caput*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprobvação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 2019).

Diante do panorama descortinado, após trazer o comparativo entre o texto legal e a previsão constante da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP¹), Rogério Cunha conceitua o acordo de não persecução penal ao dizer:

Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde

¹ Introduziu no ordenamento jurídico nacional o ANPP, tendo sido questionada por duas ADI's.

logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (CUNHA, 2020, p. 127)

Parece não restarem dúvidas do caráter negocial do acordo de não persecução penal. Assim, em que pesem algumas opiniões divergentes, como a de Marcelo Mendroni², o acordo de não persecução guarda todas as características dos negócios jurídicos processuais, estando em franco alinhamento com o ordenamento jurídico nacional (MENDRONI, 2016, p. 151).

Nesse ponto, pode ser válido esclarecer, em que pese ao acordo de não persecução ocorrer fora de um processo judicial, porque, via de regra, ocorre dentro do inquérito policial, ele trará consequências processuais. Um exemplo pode ser o não oferecimento da denúncia. Esta é uma razão pela qual sua natureza não é meramente extraprocessual.

3.1 Três planos: existência, validade e eficácia

Como analisado, o acordo de não persecução penal constitui um negócio jurídico processual, sendo necessário, portanto, para que se entenda como perfeito, que ultrapasse, em conformidade com a Escada Ponteano os planos da existência, da validade e da eficácia (PONTES DE MIRANDA, 1974).

É fato que, ao se tratar de negócio jurídico processual penal, esses pressupostos não são necessariamente os mesmos do direito privado. Isso fica patente no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP) quando traz a forma de como devem ser construídos, a fim de se tornarem perfeitos.

Ao tratar sobre o plano da existência, Antônio Cabral esclarece estar a tratar dos “elementos essenciais do acordo processual”. Desse modo, por excelência, deve contar com a manifestação de vontade de as partes consentirem com os efeitos específicos determinados (CABRAL, 2016, p.255).

Dessa forma, a primeira questão posta, e talvez a mais importante de todas elas, é definir quem pode ser considerado parte para fins de firmar o acordo de não persecução penal.

De início, observa-se que a expressão “parte” só poderia ser cunhada para quando há um processo judicial em andamento. Na fase de investigação (inquérito policial ou Procedimento Investigatório Criminal (PIC)) não existem partes. Ao invés de a doutrina utilizar essa expressão deveria se referir aos sujeitos com potencial para ocuparem um dos polos da ação penal.

Em sendo assim, o Ministério Público e o investigado, amparado por seu patrono, devem manifestar a sua vontade de forma livre e consciente, a fim de

2 Afirma que a colaboração premiada “não pode ser considerado acordo porque envolve a decisão de uma terceira parte – o Juiz, que não participa da ‘negociação’. Arrastando tal entendimento ao acordo de não persecução penal” (MENDRONI, 2016, p. 151).

celebrarem o acordo. Não pode haver intervenção apta a viciar as vontades ali firmadas ou obscurantismo nas consequências do acordado.

Nesse âmbito, Rodrigo Cabral afirma ser “importante registrar que os principais defeitos do consentimento para os negócios jurídicos são constituídos pelo erro (falsa representação da realidade), o dolo (indução de uma das partes a erro) e a coação (emprego da força física ou moral para a realização da avença) (CABRAL, 2020, p. 117).

Nesse ponto, observa-se que a vítima não é “parte” no processo penal e não conduz investigação criminal. A ela, como se observa do texto legal do Código de Processo Penal, reserva-se a alocação no capítulo dos meios de prova, demonstrando a distância que detém da qualidade de parte ou de destinatária das consequências restauradoras da norma penal.

No plano da validade, Antônio Cabral esclarece que

Grande parte da doutrina, no Brasil e no estrangeiro, defende que os atos processuais em geral (e também os acordos processuais) dependem dos requisitos da lei material, definidos na norma de direito civil (geralmente aquele campo no qual se estuda a teoria geral do direito): agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. (CABRAL, 2016, p. 268).

Nesse ponto, é preciso observar que as “partes” do acordo de não persecução, além de precisarem manifestar uma vontade livre e consciente, precisam reunir as demais condições para ocuparem os polos da ação, reitera-se. Ou seja, precisam deter capacidade, no caso de o investigado contar com mais de dezoito anos ou ser pessoa jurídica devidamente constituída, e no caso de o Ministério Público ser o promotor natural do caso.

Quanto ao objeto do acordo a ser firmado, deve-se observar atentamente ao disposto no artigo 28-A, estando ali as prescrições sobre o que pode ser transacionado.

No tocante à forma do negócio jurídico, tem-se que se trata de um negócio formal. Assim, deve observar a forma escrita e a assinatura dos sujeitos envolvidos. Ou seja, do membro do Ministério Público e do investigado, acompanhado do seu defensor.

A presença do defensor do investigado é condição *sine qua non* à validade do ato. Notadamente em razão da exigência legal de confissão do ato criminoso e da necessidade de esclarecimentos sobre as consequências da assinatura do acordo.

Nesse âmbito, Rodrigo Cabral afirma:

Ademais, conforme preconiza a Resolução n. 181-17, do CNMP, em seu art. 18, §2º - cuja normatividade ainda persiste, uma vez que constitui elemento disciplinador da atividade dos Membros do Ministério Público – ‘A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de

gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. (CABRAL, 2020, p. 122).

No plano da eficácia, verifica-se qual condição é capaz de fazer o acordo de a não persecução penal gerar os efeitos pretendidos. Os §§ 4º e 6º do artigo 28-A esclarecem que essa condição é a homologação judicial.

Essa homologação judicial, porque prevista em lei, é elemento integrativo do acordo. A depender dessa condição para gerar a eficácia pretendida. Essa *conditio iuris* não diz respeito, repita-se, à validade do negócio, mas os efeitos daquele acordo só se produzem com a homologação.

Rogério Cunha, ao tratar sobre a solenidade exigida por lei para a homologação do acordo de não persecução, destaca a necessidade de audiência específica para esse fim, com a oitiva do investigado na presença de seu defensor e afirma:

A 'Ratio legis' fica bem clara. Confere-se ao juiz, com a oitiva do investigado (compromissário) e de seu defensor, a salutar possibilidade de avaliar se o acordo foi ou não forçado, contra a vontade do investigado. Daí porque, na audiência a que se refere o dispositivo, não haver previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público), mas somente do indigitado e seu defensor. A legalidade do ANPP também será objeto de análise judicial (CUNHA, 2020, p. 136).

Mais uma vez se observa que a vítima não mereceu maior destaque legislativo, ao não ser chamada a participar da solenidade, nem a assinar o acordo. O artigo 28-A apenas traz a previsão, seguindo o constante no artigo 201 do Código de Processo Penal, da sua intimação quanto à homologação do acordo de não persecução penal e quanto à eventual descumprimento pelo investigado.

3.2 Objeto do acordo de não persecução penal

Nesse ponto, cumpre examinar o que deve ser objeto do negócio jurídico firmado, quais as obrigações devem necessariamente ser assumidas pelas partes, conforme se extrai do artigo 28-A, para que o membro do Ministério Público possa transacionar com o investigado; este deve, obrigatoriamente, assumir determinadas condições, as constantes entre os incisos I a V.

Como se lê no caput do referido artigo, essas condições devem ser firmadas "cumulativa e alternativamente", ou seja, na melhor interpretação, as condições dos incisos I, II e III são obrigatórias e cumulativas, enquanto que às dos incisos IV e V são alternativas entre si, podendo ser uma ou outra a acompanhar as obrigações dos incisos antecedentes.

3.2.1 A reparação do dano causado

A primeira das condições exigidas pelo artigo 28-A é a reparação do dano causado à vítima. Esse é verdadeiramente o momento em que o legislador se voltou ao ofendido, àquele que sofreu as consequências diretas do ato criminoso e observou o mínimo para uma efetiva justiça restaurativa.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985, afirma:

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 (ONU, 1985).

Talvez, seja possível afirmar o fato de as vítimas de crime terem sido, ao longo do tempo, marginalizadas e excluídas da persecução penal. Nessa dimensão, afirma Anderson Burke que

A lógica de um processo penal simplesmente retributivo e opressor faz a vítima ser uma mera testemunha importante para a produção de provas necessárias para a condenação do autor do crime, o que culmina num cenário de degeneração de direitos e garantias fundamentais previstos na carta magna (BURKE, 2019, p. 109).

A Constituição da República (BRASIL, 1988), promulgada sob um caráter democrático, ao tratar sobre direitos e garantias fundamentais das vítimas de crime, traz mínimas passagens explícitas, talvez, a principal delas, o texto do artigo 5º, V. Este prevê o direito fundamental à reparação do dano em virtude da prática de um ilícito.

Note-se que todo o abalo psíquico, moral e até físico decorrente do ato criminoso deve ser aferido para reparação à vítima. Os bens dela subtraídos devem ser imediatamente restituídos. Portanto, a reparação deve ser integral. A efetivação da justiça – busca máxima do direito penal e do processo que a efetiva – deve passar necessariamente sobre a reparação à vítima.

4. MEIOS DE PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA CONSTRUÇÃO DO CONSENSO

Em maio de 2017, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Nova Brasília, tendo a sentença em um dos seus trechos destacado que,

238. A respeito do direito dos familiares de participar de todas as etapas dos respectivos processos, a Corte lembra que isso significa a possibilidade de apresentar sugestões, receber informações, anexar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos. Essa participação deverá ter por finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade dos fatos e a eventual concessão de uma justa reparação. A esse respeito, o perito Weichert declarou que a vítima no processo penal brasileiro tem uma posição secundária e é tratada como mera testemunha, carecendo de acesso à investigação. A falta de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro impede a possibilidade de que as vítimas ou seus familiares participem ativamente da fase de investigação, limitando-as à fase judicial, o que violou o direito dos familiares das pessoas mortas em 18 de outubro de 1994 de participar dessa investigação" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *online*).

O trecho destacado evidencia as graves consequências da opção brasileira em não permitir à vítima um acompanhamento direto e imediato das ações estatais tomadas em razão da prática de um crime.

Como consequência da fundamentação acima transcrita, a Corte condenou o Brasil a adotar medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos.

Contudo, transcorrido mais de três anos da condenação, e mesmo com o Pacote Anticrime tendo se transformado em lei, introduzindo no códex processual o Acordo de Não Persecução Penal, na fase de investigação criminal, nada se falou da efetiva participação da vítima.

É certo, porém, que, apesar da ausência previsão expressa no texto legal quanto ao acesso à justiça, não se pode negar o reconhecimento desse direito. Ele decorre diretamente do texto constitucional e, sobretudo, dos tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Estado Brasileiro, a exemplo da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso

de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985³.

Em sendo assim, as Corregedorias dos Ministérios Públicos passaram a emitir recomendações aos seus membros para que, antes de firmarem os acordos de não persecução, ouçam as vítimas sobre o *quantum* indenizatório. A vítima pode e deve ser chamada por qualquer meio de comunicação, seja via mensagem por e-mail, via ligação telefônica ou pessoalmente.

Os meios de construção do consenso passam necessariamente pela colocação da vítima no seu devido lugar, dando-lhe a oportunidade de participar do processo e vivenciar a justiça como algo real, ofertando-lhe o direito de fala, de consulta e de assento na retomada de sua própria dignidade.

A participação da vítima na construção privilegia as boas práticas restaurativas. É imperioso que o membro do Ministério Público e do Judiciário se atentem que, em que pese ao acordo de não persecução penal ter sido talhado sem a necessária oitiva da vítima, é a sua participação o único meio eficaz e salutar de equacionar a justiça do caso.

5. CONCLUSÃO

O processo penal passa por uma reformulação em suas bases, e tem, atualmente, um olhar sobre o consenso. Alguns autores apontam que a crise se deve à proteção não satisfatória quanto às garantias do investigado, à recuperação do infrator e a uma falha na prevenção geral e especial⁴. No entanto, se esquece de que a insatisfação com as consequências do processo está muito mais relacionada às vítimas e à população em geral, portadoras de um sentimento de impunidade.

Faz-se importante aos agentes de estado se atentarem à necessária participação da vítima na construção do consenso. O Brasil perdeu uma grande oportunidade de resgatar a importância da vítima no processo penal quando da edição do pacote anticrime, Lei nº 13.964, de 2019, momento em que optou, mais uma

3 Dispõe em seu anexo: "4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional. 5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciários e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios". Acessível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrincBasJustVitCriAbuPod.html>, consultado em 30/8/2020.

4 Oliveira, Rafael Serra. Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema penal. São Paulo: Almedina, 2015, pág. 11.

vez, em olhar o processo apenas pela ótica do criminoso, apartando-se da construção de uma justiça criminal efetiva.

As regras insculpidas nas diversas recomendações feitas pelas Corregedorias do Ministério Público brasileiro serviram de socorro aos membros ministeriais na proteção adequada às vítimas de crime, de forma que há um dever institucional na tratativa dessas vítimas como instrumentos de efetivação de justiça.

De tudo o que foi dito, resta a convicção de que o princípio da proibição da proteção deficiente evidencia que nem a lei nem o Estado podem apresentar insuficiência em relação à garantia dos direitos fundamentais das vítimas de crimes. Portanto, há um dever para o Estado (diga-se para o legislador, juiz e demais aplicadores do direito), o de que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, a fim de assegurar uma efetiva justiça penal, ou seja, aquela que leva em conta a existência da necessária devolução à dignidade da vítima.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO – CNMP**. Transação Penal. Disponível em <<<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7769-transacao-penal>>>. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP**. Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 20/10/20

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ**. Justiça Restaurativa. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa/>>. Acesso em 15/9/2020.

BRASIL. **Lei 13.964/2019**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm, Acesso em: 20/8/2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30/8/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/8/2020.

BURKE, Anderson. **Vitimologia**. Salvador: Editora Juspodium, 2019, pág. 109

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. Juspodium, 2016, pág. 255.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal** – à luz da Lei 13.964/2019. Salvador: Ed. Juspodium, 2020, p. 66.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso Nova Brasília, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf, consultada em: 30/8/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime** – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 127.

GIULIANI, Emília Merlini. **Mecanismos de consenso no direito processual penal brasileiro e o projeto de código de processo penal**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb4ab9e8db10f6fd>, Acesso em: 30/8/2020.

GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais** – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVERIA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974, t. III, pág. 15.

RAMOS, Samuel Ebel Braga; BACK, Caroline Moreira. As soluções negociadas e o Processo Penal brasileiro. **Revista Húmus**, v. 9, n. 27, 2019.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas**. São Paulo: USP, 2012. [Dissertação de Mestrado. Versão Resumida].

ONU. **Justiça Restaurativa**, 2006. Disponível em: http://www.idcb.org.br/documentos/Ebook_justice.pdf. Acesso em: 20/12/2020.

ONU. **Resolução nº 40/34**, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrincBasJust-VitCriAbuPod.html>. Acesso em: 30/8/2020

Recebido em: 08/03/2021
Aprovado em: 05/05/2021