

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANE DE MATOS AQUINO

**A REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

CURITIBA
2022

MARIANE DE MATOS AQUINO

**A REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

Aquino, Mariane de Matos
A657r A reparação do dano no acordo de não persecução penal : considerações a
2022 partir da análise econômica do direito / Mariane de Matos Aquino ; orientador:
Rodrigo Sánchez Rios. – 2022.
150 ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2022
Bibliografia: f. 133-150

1. Reparação (Direito). 2. Danos (Direito). 3. Direito - Aspectos econômicos.
4. Persecução penal. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.53315

MARIANE DE MATOS AQUINO

**A REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento.

COMISSÃO JULGADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (orientador)

Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (membro interno)

Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Centro Universitário Autônomo do Brasil [UNIBRASIL] (membro externo)

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet (Suplente)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (membro interno)

Curitiba(PR), 28 de março de 2022.

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque todas as coisas fazem-se Dele, por Ele e para Ele.

Aos meus pais, que fazem tudo para que eu possa seguir firme em cada etapa da minha vida e realizar meus sonhos. Todo o meu amor e a minha mais absoluta gratidão aos dois.

Aos meus irmãos, Bruno e Maria Eduarda, que são grandes presentes enviados por Deus, dão sentido e alegria à minha vida.

Ao Thiago, meu amor, que esteve comigo em todos os momentos ao longo desses dois anos, incentivando-me e afirmando – dia após dia – que eu conseguiria.

À querida Fer, uma pessoa especialmente preparada por Deus para compartilhar comigo a jornada do mestrado. Apoiou-me nas tarefas acadêmicas, na infundável tabela de atividades, mas, sobretudo nos momentos de aflições e incertezas durante esse grande desafio. Juntas conseguimos chegar até aqui.

Aos meus amigos que me ouviram falar – incansavelmente – sobre o mestrado e, desse jeito, ajudaram-me das mais variadas formas, especialmente à Nathy, à Hellen e ao João pelas discussões e auxílios neste trabalho.

Ao Dr. Omar Baddauy, que compreendeu as minhas ausências do escritório, emprestou livros e mais livros a mim, apoiou-me em minhas decisões e incentivou-me a seguir firme.

Ao querido orientador Professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios que, desde o primeiro momento, foi gentil e acolhedor comigo, tornando a tarefa de produzir esta dissertação mais leve e didática. Além disso, despertou em mim um novo olhar sob o panorama penal negocial brasileiro – cuja temática me acompanhará ao longo dos anos.

Ao Victor Costa, que sempre foi uma pessoa solícita e disposta em me ajudar na presente pesquisa.

Aos professores do PPGD, que fizeram valer cada dificuldade e desafio do mestrado e, assim, marcaram a minha trajetória de vida.

À Secretaria do PPGD, pelo atendimento pronto, rápido, cuidadoso e solícito.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná, responsável pela minha formação desde a graduação. Meus mais sinceros agradecimentos.

A cada uma das pessoas que caminharam ao meu lado, as quais me deram as mãos, consolo, impulso e amor, auxiliando-me em minha chegada até aqui.

Muito obrigada!!!

RESUMO

A presente dissertação aborda a reparação do dano como condição para a realização do acordo de não persecução penal, introduzido no artigo 28-A do Código de Processo Penal por meio da Lei nº 13.964/2019. A partir de ferramentas da Análise Econômica do Direito, intenta-se responder se a condição reparatória pode ser uma alternativa eficiente, e, se de modo concomitante esta apresenta-se capaz de atingir finalidades próprias da seara criminal. Posto isso, o objetivo geral consiste em realizar uma análise econômica do instituto reparatório, conjugando-se a noção de eficiência com pedras angulares da Justiça Criminal. Para tanto, têm-se como objetivos específicos: contextualizar, no primeiro capítulo, a Justiça Penal Negocial, de modo a apontar a premissa econômica e de atribuição de importância à vítima, para, então, apresentar o acordo de não persecução penal. Após, no segundo capítulo, abordar as notas essenciais acerca da reparação do dano e de sua aplicação no contexto criminal, e, especificamente, da sua utilização como condição para a realização do acordo. Em seguida, o terceiro capítulo introduz a Análise Econômica do Direito e sua incidência no campo criminal, com o intuito de aplicar tais noções no exame da reparação do dano no acordo de não persecução penal. Referente à metodologia, esta ampara-se no método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa de documentação direta, com análise legislativa e de decisões judiciais, assim como indireta por meio de pesquisa doutrinária. Conclui-se pela confirmação da hipótese que a condição reparatória no acordo atende a finalidade econômica de atribuição de eficiência à Administração da Justiça, ao investigado, à vítima e à sociedade, e, que pode alicerçar-se, de modo igual, a determinados princípios penais e atender finalidades próprias da seara criminal. À luz dos postulados descritos, a presente dissertação corrobora com a necessidade de aproximação das seguintes áreas: Direito e Economia, inclusive, e, mais especificadamente com a área criminal, a fim de que a eficiência seja, ao lado de outros critérios e princípios deste ramo do Direito, também, considerada na análise de institutos penais e processuais penais.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Reparação do Dano. Análise Econômica do Direito. Eficiência.

ABSTRACT

The present dissertation addresses the reparation of damage as a condition for the realization of the non-criminal prosecution agreement, introduced in Article 28-A of the Criminal Procedure Code through Law No. 13.964/2019. By using tools from the Economic Analysis of Law, it is intended to answer if the reparatory condition can be an efficient alternative, and if, concomitantly, it is capable of achieving the purposes of the criminal field. Having said this, the general objective consists of carrying out an economic analysis of the reparatory institute, thus conjugating the notion of efficiency with the cornerstones of Criminal Justice. For this, the specific objectives are the following: to contextualize, in the first chapter, the Negotiated Criminal Justice, in order to point out the economic premise and the attribution of importance to the victim, and then, to present the non-criminal prosecution agreement. Afterwards, in the second chapter, the essential notes about the reparation of the damage and its application in the criminal context are approached, and specifically, its use as a condition for the realization of the non-criminal prosecution agreement. Subsequently, the third chapter introduces the Economic Analysis of Law and its incidence in the criminal field, with the intention of applying such notions in the examination of the reparation of damage as a condition for the agreement. Regarding the methodology, it is based on the hypothetical-deductive approach and on the direct documentation research technique, with legislative analysis and judicial decisions, as well as indirectly by means of doctrinal research. It is concluded by confirming the hypothesis that the reparatory condition in the agreement meets the economic purpose of attributing efficiency to the Administration of Justice, to the investigated, to the victim and to society, and that it can be based, in an equal manner, on certain criminal principles, and meet purposes specific to the criminal field. In light of the postulates described, the present dissertation corroborates the need for approximation of the following areas: Law and Economics, including, and more specifically, with the criminal area, so that efficiency may be, along with other criteria and principles of this branch of Law, also considered in the analysis of criminal institutes and procedures.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement. Reparation of damage. Economic Analysis of Law. Efficiency.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
Ag. Rg.	Agravo Regimental
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário
HC	Habeas Corpus
JECRIM	Juizado Especial Criminal
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL	13
1.1 DIREITO E ECONOMIA: A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO PREMISSA PARA A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL	13
1.2 A IMPORTÂNCIA DA VÍTIMA COMO PREMISSA PARA A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL	20
1.3 NOTAS SOBRE A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL.....	28
1.4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	39
2 REPARAÇÃO DO DANO	50
2.1 NOTAS CONTEXTUAIS ACERCA DA REPARAÇÃO DO DANO.....	51
2.2 A REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO CRIMINAL.....	58
2.3 A COMPATIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO COM A SEARA CRIMINAL.....	67
2.4 A REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	80
3 ANÁLISE ECONÔMICA DA REPARAÇÃO DO DANO	89
3.1 NOÇÕES ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EFICIÊNCIA	89
3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ÂMBITO CRIMINAL	100
3.3 A EFICIÊNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	111
3.4 A APLICAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO NO ANPP E A CONSONÂNCIA COM A LEGALIDADE, CULPABILIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	120

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....131

REFERÊNCIAS.....133

INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro mostra-se marcado por diversos problemas – notoriamente conhecidos – que abrem espaço para reformas as quais intentam alterar a forma tradicional de resolução de conflitos, por meio da implementação de mecanismos alternativos, que buscam soluções mais satisfatórias que possam concretizar, de fato, direitos os quais, por vezes, se restringem ao campo abstrato da previsão legal. A respeito desses mecanismos, tem-se: o acordo de não persecução penal, introduzido no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Diante do cenário descrito, torna-se possível estabelecer diversas discussões sobre as razões em torno das disfunções enfrentadas pelo Judiciário, bem como acerca dos possíveis caminhos para o aprimoramento de uma resposta estatal ao caso *sub judice*. Porém, ressalta-se que tais análises devem perpassar pela relação estabelecida entre o Direito e a Economia, uma vez que muitos dos obstáculos enfrentados pela Administração da Justiça brasileira decorrem da escassez de recursos, de uma alocação ineficiente, do aumento de custos sem o alcance de benefícios, entre outros.

À vista disso, a presente dissertação trata da condição da reparação do dano para a celebração do acordo de não persecução penal, a partir de noções da Análise Econômica do Direito. Intenta-se verificar se a condição reparatória do ANPP pode ser eficiente, sob o ponto de vista econômico, e, ainda, se pode ao mesmo tempo encontrar guarida em pilares estruturantes da seara criminal, contribuindo para: atribuição de resposta menos gravosa ao investigado/réu, importância à vítima, consideração aos benefícios referentes à Administração da Justiça e à sociedade, em consequência, cumprindo finalidades almejadas pela Justiça Criminal.

Sendo que tal análise justifica-se porque: ainda que a Justiça Penal Negocial seja alvo de críticas, muitas delas relevantes e as quais necessitem ser consideradas, e mesmo que a leitura econômica de institutos penais e processuais penais não seja pacífica entre estudiosos e operadores da seara criminal, a negociação penal é uma realidade posta. Tal qual a necessidade de um exame econômico dos seus respectivos institutos jurídicos, pois a aplicação destes não pode estar dissociada da realidade econômica e social.

Discorrido sobre a necessidade quanto à relevância da presente dissertação, elenca-se os objetivos específicos que se centram, a partir da estrutura apresentada, na contextualização (primeiro capítulo) acerca da Justiça Penal Negocial, abordando uma premissa econômica que justifica a inserção das negociações na seara criminal; como também a possibilidade de aliar a negociação penal com a atribuição de maior importância à vítima, assim como possíveis benefícios e certas críticas ao cenário penal negocial; e, finalmente, a apresentação do acordo de não persecução penal, seus requisitos e suas condições.

Por conseguinte, o segundo capítulo contempla noções essenciais acerca da reparação do dano, tais quais: sua aplicação por meio de dispositivos penais e processuais penais da legislação pátria; a guarida da condição reparatória no âmbito penal; e, a análise específica da exigência da reparação no acordo de não persecução penal.

Em seguida, trata-se, no terceiro capítulo, de noções em torno da Análise Econômica do Direito e eficiência – sem a pretensão de exaurir a matéria –, a aplicação de determinado raciocínio frente ao cenário criminal, e a reparação do dano. Por fim, ao final do terceiro capítulo, aborda-se a possível conciliação da condição reparatória com os princípios da legalidade, culpabilidade e dignidade da pessoa humana.

Para tanto, empregou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, a fim de verificar a confirmação da hipótese a partir das variáveis apresentadas. Nesse caso, examinar se a condição reparatória do dano no acordo de não persecução penal mostra-se eficiente e se esta coaduna-se com a seara criminal. Posto isto, a técnica da pesquisa utilizada foi a de documentação direta, com análise legislativa e decisões judiciais, e, também, indireta a partir de pesquisas doutrinárias nacionais e estrangeiras, demonstrando-se a importância no estabelecimento das discussões que levam em conta a relação interdisciplinar entre Direito e Economia (notadamente no âmbito criminal), assim como dos benefícios que podem advir de tal análise.

1 JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

A compreensão de uma noção geral de Justiça Penal Negocial¹, para que, em momento posterior seja possível tratar do novel instituto negocial brasileiro (qual seja, o acordo de não persecução penal), requer uma abordagem inicial acerca de duas premissas que justificariam a necessidade da inserção de mecanismos negociais no âmbito criminal. A começar pela escassez de recursos, que interfere na eficiência da persecução penal, bem como na necessidade de atribuir maior importância à vítima por meio da reparação dano.

Em suma, abordar-se-á, de modo seguinte, as referidas premissas, para que, após, seja contextualizada a Justiça Penal Negocial com a apresentação do acordo de não persecução penal.

1.1 DIREITO E ECONOMIA: A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO PREMISSA PARA A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

O estudo sobre a necessidade de instituição de mecanismos de consenso no processo penal, bem como de sua expansão cada vez mais acentuada no cenário

¹ “Quando se fala de justiça negociada, normalmente não se está fazendo referência à chamada “justiça restaurativa”, que é um modelo extrajudicial de resolução de conflitos mediante a participação voluntária do autor e da vítima, intermediada por um terceiro, e que objetiva uma autocomposição dos conflitos. [...] A justiça restaurativa é comumente realizada mediante práticas de conciliação e mediação, em que as pessoas com treinamento específico (conciliador ou mediador) auxiliam para que se obtenham um diálogo produtivo entre os envolvidos”. DE LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença**. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 59-60. “La reparación es entonces una de las premisas básicas desde las cuales se plantea el modelo de JR, abarcando el daño a repararse, los aspectos materiales y económicos, pero también y sobre todo, el sufrimiento ocasionado a la víctima y a su entorno más próximo, la inseguridad social que el mismo ocasionó y la indignación de la comunidad en relación al hecho, en definitiva, todas aquellas cuestiones circundantes al delito”. Tradução livre: a reparação é uma das premissas básicas de onde surge o modelo de Justiça Restaurativa, abarcando o dano a ser reparado, os aspectos materiais e econômicos, mas também e, sobretudo, o sofrimento ocasionado e indignação da comunidade em relação ao fato, em definitivo, todas aquelas questões circundantes ao delito. PEKMEZIAN, Lucía Barboni; PRIETO, Javier Valls. La reparación del daño en la justicia penal. **Ciencias Psicológicas**, Montevideo, v. 8, n. 2, p. 199-207, 2014, p. 201. Acrescente-se que, de acordo com Pablo Galain Palermo, apesar de todas as boas intenções a justiça restaurativa não pode substituir a justiça tradicional, deve ser um complemento, e entre os problemas que os seus defensores devem resolver está a possibilidade de aceitar a sua inclusão no modelo tradicional de justiça para que a introdução da etapa comunicativa-conciliadora não leve a renúncia das garantias do processo penal. PALERMO, Pablo Galain. **La reparación del daño a la víctima del delito**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 138-141.

internacional e interno, perpassa por noções essenciais acerca da relação entre Direito e Economia. Isso ocorre porque a escassez de recursos requer uma melhor alocação para que resultados eficientes² possam ser alcançados, principalmente, na esfera criminal.

Fábio Nusdeo explica que o Direito e a Economia se imbricam e integram-se para formar um único campo de estudos, e, ainda, que os diferentes ramos do Direito têm subjacente uma realidade econômica, por implicarem em situações nas quais se cogita bens escassos e, portanto, dotados de valor, inclusive o Direito Penal³. O estudioso acrescenta que implícito a qualquer valor econômico, existe um nicho institucional, vale dizer, jurídico, ao abrigo do qual o valor origina-se e, por conseguinte, manifesta-se, sendo que este nicho poderá variar de acordo com os eventos políticos, visto que o Direito é, antes de mais nada, o instrumento da política⁴.

Na mesma proposta, Natalino Irti assevera que a economia de mercado é *locus artificialis*, e não *naturalis*, e essa artificialidade deriva de uma escolha do Direito, que depende de decisões políticas, as quais conferem forma à Economia⁵. Existe, portanto, a relação direta entre Direito, Economia e Política, posto que as decisões políticas que se modificam ao longo do tempo são aquelas nas quais as normas jurídicas assentam-se, e estas, por sua vez, são as responsáveis por regular a Economia.

Consoante com a reflexão de Simona C. Sagnotti, a Economia pressupõe se não um modelo jurídico completo, ao menos, um núcleo essencial de regras, preceitos e princípios, logo, Direito e mercado são estritamente conexos⁶. Partindo de tal conexão, a Economia coloca à disposição do Direito, e este, da mesma forma, coloca à disposição da Economia os instrumentos e institutos que podem contribuir direta e indiretamente para o exercício das funções específicas de cada uma dessas áreas.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi pontuam que existe um reconhecimento entre os economistas acerca de que o Direito exerce um papel essencial na organização

² O conceito de 'eficiência' será trabalhado no capítulo sobre a Análise Econômica do Direito.

³ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

⁴ Ibidem, p. 22.

⁵ IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVI, jan./mar. 2007, p. 44-49.

⁶ SAGNOTTI, Simona C. Il Mercato: diritto, etica ed economia. **Quaderni di Filosofia del Diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 1-11, 1999, p. 06.

da atividade econômica. Além disso, que um sistema de normas e um sistema judiciário eficientes influenciam de forma positiva na Economia⁷, o que demonstra, portanto, a importância de os resultados que podem advir da relação entre Direito e Economia serem analisados.

À vista disso, faz-se basilar considerar uma questão crucial para a Economia e, ao mesmo tempo, indispensável para que melhores resultados possam ser atingidos pela Administração da Justiça ao aplicar o Direito, qual seja, a escassez de recursos. Fábio Nusdeo assinala que quanto mais escassos ficam os bens – *mais econômicos* – pelo adensamento da população e pela exacerbação dos interesses sobre eles, maior será a quantidade de normas jurídicas necessárias para regular aqueles interesses⁸.

Assim, a escassez de recursos está diretamente ligada à indispensabilidade do Direito e à sua operacionalização. A área sujeita-se aos recursos disponíveis, pois, segundo Fábio Nusdeo, os fatos econômicos dependem das instituições, isto é, dos conjuntos de normas que os regem, sendo a recíproca verdadeira, uma vez que a pressão desses fatos e dos interesses a eles ligados tenderá a moldar a legislação ou a forma de sua aplicação a fim de torná-la conveniente a tais interesses⁹.

O referido jurista e economista explica que não é possível antever ou estabelecer um limite para as necessidades humanas¹⁰. Por outro lado, os recursos com que conta a humanidade para satisfazê-las apresentam-se finitos e limitados, dessa forma, estes são e serão sempre escassos, em maior ou menor grau¹¹. Isto implica ser inevitável, pois, a cada momento, existe uma escolha ou opção entre usos alternativos para um mesmo produto¹². Daí o fato de que, em qualquer sociedade, se estabelecem as relações e as instituições destinadas ao enfrentamento do problema advindo da escassez¹³.

Tendo em vista que não existe, em geral, recursos suficientes para atender a todas as demandas que são postas pela sociedade, em suas mais diversas formas, surge a

⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 12.

⁸ NUSDEO, 2013, p. 22.

⁹ Ibidem, p. 32.

¹⁰ Ibidem, p. 25.

¹¹ Ibidem, p. 27.

¹² Ibidem, p. 30.

¹³ Ibidem, p. 30.

escassez que também é um problema a ser enfrentado pela Administração da Justiça. Ao analisar essa questão da perspectiva prática, notadamente, no contexto brasileiro, tem-se que a litigiosidade é significativa e, por se tratar de um país com dimensões continentais, os custos para manutenção e funcionamento da máquina Judiciária são altos, de modo que os recursos disponíveis não se mostram suficientes e, conseqüentemente, implicam em uma resposta estatal nem sempre eficiente e satisfatória diante da escassez.

A título de exemplo, de acordo com o Justiça em Números, de 2020, tendo como base o ano de 2019, a despesa total do Judiciário brasileiro foi de R\$100.157.648.446¹⁴ (cem bilhões, cento e cinquenta e sete milhões, seiscentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e seis reais), com 77,1 milhões de processos em tramitação no país¹⁵. E, no que diz respeito aos casos criminais, ingressaram 2,4 milhões de novos casos em 2019¹⁶, e, além disso, havia 1,8 milhões de execuções penais pendentes¹⁷¹⁸.

Esses números são apenas alguns exemplos do quanto custa e de quantos casos tramitam no Brasil, portanto, refletem que não é possível, tratando especificamente da Justiça Criminal, garantir a persecução penal de todos os fatos criminais. Com isso, de acordo com Rodrigo Cabral, sente-se que, cada vez mais, aumentam os números da cifra oculta, fundamentalmente, dos delitos mais graves, sendo que um grande percentual desses crimes jamais chega às agências estatais de persecução penal¹⁹.

Por conseguinte, consoante Bruno Cunha, é notória a deficiência da capacidade investigativa estatal que, em razão de um sistema sucateado, obsoleto e sobrecarregado

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020, p. 46.

¹⁵ *Ibidem*, p. 93.

¹⁶ *Ibidem*, p. 192.

¹⁷ No que se refere ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a despesa foi de 2.827.494.419 (dois bilhões, oitocentos e vinte e sete milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e dezenove reais), com 1.365.021 (um milhão, trezentos e sessenta e cinco mil e vinte e um) de novos casos, e com 3.760.331 (três milhões, trezentos e setenta mil e trezentos e trinta e um) de casos pendentes. *Ibidem*, p. 42.

¹⁸ *Ibidem*, p. 194.

¹⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 17.

pela falta de recursos, chega, por exemplo, a apresentar, em alguns estados brasileiros, uma taxa de elucidação²⁰ de apenas 10% a 20% dos homicídios²¹.

Em decorrência da ineficiência, tem-se uma insatisfação por parte das vítimas e da sociedade, que não identificam resultados da atuação estatal. Além disso, para os investigados/réus também há prejuízos, uma vez que não se contempla à sua disposição todos os recursos necessários para o exercício da ampla defesa, como, por exemplo, pela falta de defensores públicos.

Nesta linha, Hassemer menciona que a curto prazo, do ponto de vista econômico, é pouco inteligente obrigar – da mesma maneira e intensidade – que as autoridades esclareçam todos os delitos, dado que os recursos materiais e humanos serão sempre insuficientes, e, por isso centram sua atividade de maneira seletiva, perseguem intensamente algumas condutas, são indulgentes com outras, e existem aquelas que simplesmente não as perseguem²².

Vladimir Passos de Freitas, no que diz respeito ao cenário brasileiro, indica que:

Do ponto de vista da realidade judiciária, desde sempre delegados de Polícia não abrem inquérito policial para apurar crimes de origem desconhecida ou que, por qualquer razão, se revelem totalmente sem interesse. Por exemplo, o relato de furto de um celular esquecido na prateleira de um supermercado, sem que se tenha nenhum dado da autoria, não será objeto de inquérito. Neste caso não se trata de prevaricação da autoridade policial, mas sim de evitar-se perda de tempo e gastos inúteis. Dá-se o mesmo nas ações penais. O MP, diante de casos de bagatela ou naqueles em que as partes se compuseram (p. ex. apropriação indébita), com frequência pede o arquivamento do inquérito, em razão da flagrante inutilidade de uma futura ação penal.²³

²⁰ Além disso, há que se destacar, também, os inúmeros casos que são objeto de prescrição. Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, pontuam, tratando especificamente dos crimes ambientais, que proferido um acórdão por Tribunal de Justiça ou Regional Federal, bastará ao réu interpor recurso especial e extraordinário para o STJ e STF para que a ação penal não possa ser executada, e com o acréscimo dos recursos intermediários ainda possíveis (v.g., embargos de declaração) tramitará por anos e dificilmente não será alcançada pela prescrição, uma vez que as penas previstas são pequenas, e face ao elevado número de processos existentes nos Tribunais Superiores, o prazo prescricional será superado com facilidade, o que mostra a fragilidade do sistema. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões sobre a proteção penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 88-113, jan./jun. 2015, p. 110.

²¹ SOUZA, Bruno Cunha. **Obrigatoriedade da ação penal pública**: o problema da escassez dos recursos públicos para uma prestação jurisdicional eficiente. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 51.

²² HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. **Jueces para la democracia**, Madrid, n. 4, p. 8-11, 1988. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530062> Acesso em: 28 out. 2020.

²³ FREITAS, Vladimir Passos de. O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal>. Acesso em: 16 ago. 2021.

À vista disso, Hassemer pontua que, juntamente a descriminalização de condutas que não merecem pena, deve-se refletir sobre a introdução de procedimentos reduzidos e sumários que possam levar a participação do acusado²⁴.

Destarte, não há como desconsiderar a questão da escassez – que é a base dos estudos econômicos – e a conseqüente ausência de recursos suficientes para atender as demandas que são postas diante da Administração da Justiça. Tal situação reflete a premência de buscar formas para uma melhor alocação dos recursos disponíveis de maneira a permitir uma aplicação mais satisfatória do Direito²⁵.

Contudo, embora seja evidente e necessária a relação entre Direito e Economia, mostra-se indispensável uma análise e operacionalização cautelosa quanto à conjunção de objetivos e ideais econômicos e jurídicos, isso porque são constituídos por bases estruturais e fundamentos que os particularizam e esteiam as razões do existir de cada uma dessas ciências.

²⁴ HASSEMER, 1988, p. 10.

²⁵ De acordo com Mariana Pargendler e Bruno Salama, em estudo acerca da aplicação de Direito e Economia no Direito Civil pelos tribunais brasileiros, verifica-se que os juízes habitualmente empregam conceitos emprestados da Economia para prever as prováveis conseqüências de eventos ou regras, mas, pontuam que a propagação do pensamento econômico na prática jurídica brasileira não é impulsionada por um empurrão pelo lado da oferta por acadêmicos, mas por uma atração pelo lado da demanda, motivada pelas mudanças na estrutura do Direito. PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Economia no Direito Civil: o caso dos Tribunais Brasileiros. *In*: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (coord.). **Estudos sobre negócios e contratos uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. São Paulo: Almeida, 2017, p. 39-74.

George J. Stigler explica que se a eficiência é o problema fundamental dos economistas, a justiça²⁶ é a preocupação que norteia os operadores do Direito²⁷. Portanto, a diferença entre uma disciplina que busca explicar a vida econômica e o comportamento racional e outra que visa alcançar a justiça na regulação do comportamento humano é profunda²⁸. Sob essa perspectiva, Gico Júnior menciona, por exemplo, que a análise econômica é incapaz de dizer o que é justo, certo ou errado²⁹, esta diz apenas o que é eficiente.

Destarte, verifica-se que, embora conexos, o Direito e a Economia são constituídos por pedras angulares distintas, o que deve ser considerado quando surgir a possibilidade de aplicação conjunta de instrumentais jurídicos e econômicos, sob pena de ignorar-se a estrutura basilar de uma área a fim de aplicar os instrumentais da outra. Logo, tendo em vista a conexão dessas áreas, sucintamente representada pela escassez de recursos e seus reflexos na Administração da Justiça Criminal no intuito de resolver e/ou minimizar as falhas na persecução penal, tem-se buscado institutos tais como os negociais, com propósito de melhor realocar recursos e intentar resultados mais satisfatórios para a vítima, sociedade, acusado e, por conseguinte, para o Estado.

Note-se, portanto, que um problema econômico, isto é, a escassez dos recursos disponíveis para as polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema penitenciário, tem sido uma das bases para se pensar mecanismos negociais no âmbito criminal. Busca-

²⁶ Devido a delimitação proposta neste trabalho, não serão abordadas as diversas concepções de justiça, o que demandaria uma análise ampla e complexa. A título de exemplo, Amartya Sen aborda a situação na qual há uma flauta e três crianças e é preciso definir qual delas ficará com o instrumento. Uma das crianças, Anne, diz que a flauta deve ficar com ela porque é a única que sabe tocar o instrumento; já Bob alega que deve ficar com ele porque é muito pobre e não tem com o que brincar; e Carla, por sua vez, argumenta que a flauta deve ficar com ela porque foi ela quem construiu o instrumento. Teóricos com diferentes convicções – como os utilitaristas, os igualitaristas econômicos ou libertários pragmáticos – podem opinar que existe uma solução evidente, contudo, é quase certo que cada um veria uma solução totalmente diferente como a obviamente correta. Não é fácil ignorar como infundadas quaisquer pretensões baseadas respectivamente na busca de satisfação humana, na remoção da pobreza ou no direito a desfrutar do produto do próprio trabalho. Todas as diferentes soluções têm sérios argumentos a seu favor, e podemos não ser capazes de identificar, sem alguma arbitrariedade, um dos argumentos alternativos como aquele que deve prevalecer invariavelmente. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

²⁷ STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press Journal, v. 35, n. 2, p. 455-468, 1992, p. 462.

²⁸ Ibidem, p. 463.

²⁹ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 1., n. 1, p. 7-32, 2010, p. 27.

se, por exemplo, evitar ou abreviar os desdobramentos processuais de uma ação penal, bem como facilitar investigações e a imposição de determinadas medidas, entre outros fatores, logo, poupando-se recursos em decorrência de acordos firmados, os quais poderão ser realocados de maneira a tornar a persecução penal mais eficiente.

1.2 A IMPORTÂNCIA DA VÍTIMA COMO PREMISA PARA A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Para além de uma questão de escassez e necessidade de realocação de recursos na persecução penal, a ideia de inserção de mecanismos negociais na seara criminal também pode ser compreendida a partir da perspectiva de atribuir maior importância à vítima através da reparação do dano.

Como é sabido, a vítima já ocupou um espaço de protagonismo por meio de uma “vingança privada”, contudo, com a publicização do Direito, esta figura ficou à margem da solução da questão criminal, que passou a ser conduzida pelo Estado.

De acordo com Zaffaroni *et al.*, a história da legislação penal é o evento de avanços e retrocessos no confisco de conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, de modo que o sistema penal tal como concebido na atualidade constitui o modelo de decisão vertical com a vítima confiscada, reduzida a um objeto que proporciona o dado que permite individualizar um outro, sobre o qual se pode exercer poder³⁰. No entanto, tem-se discutido a atribuição de mais relevância à vítima no contexto atual.

A partir de um breve retrospecto, verifica-se, como pontuado por Alessandra Greco, que, no período de vingança privada, o destino do criminoso ficava à sorte da vítima ou de seus familiares que tinham o poder de punir³¹. Com o surgimento da ideia de que o indivíduo que rompeu com a paz pública deve ficar sujeito à punição da

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio *et al.* **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 385.

³¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

comunidade, que, paulatinamente, a vingança privada vai desaparecendo à medida em que se segue uma forma rudimentar de autoridade³².

Com a evolução do Direito germânico, chega-se à *compositio*, em que o ofensor paga um valor ao ofendido e seus familiares, como forma de impedir a vingança privada³³. Já no regime feudal, tal sistema foi modificado, pois o valor pago era entregue ao senhor feudal, desaparecendo o ressarcimento à vítima.

Assente nas mudanças que foram acontecendo ao longo do tempo, surgiram, na Idade Média, as penas corporais cruéis, que no período da Renascença foram substituídas pela utilização da mão de obra gratuita dos condenados, incorrendo, então, a pena de trabalhos forçados³⁴.

Nesta linha, René Dotti discorre sobre as mudanças das estruturas sociais e econômicas, estas ocorridas em meados do século XVI. Para contexto, o autor menciona a expansão colonial das potências europeias e as operações comerciais, bem como o lucro e a acumulação de riqueza que constituíam programas importantes, sendo assim, mais lucrativa que a imposição da pena capital seria a exploração para a execução de muitos trabalhos³⁵. Já nos últimos tempos do século mencionado, a privação da liberdade assumiu características de penitência, neste caso, quando a doutrina da Igreja registrou o movimento que mais tarde iria fecundar as bases da ciência penitenciária³⁶.

À vista disso, nota-se que o Estado passa, a partir de muitos acontecimentos, a chamar para si a atribuição de uma resposta para o crime, tirando da vítima aquele poder inicial da “vingança privada”³⁷, que se apresentava sem limites e não estava submetida a qualquer controle, o que não se coadunava com o processo de evolução, e, que resultaria

³² GRECO, 2004, p. 28.

³³ GRECO, loc. cit.

³⁴ GRECO, loc. cit.

³⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35.

³⁶ Ibidem, p. 36.

³⁷ “Na história dos meios de reação aos conflitos penais é possível identificar dois modelos distintos, o primeiro marcado pela participação direta das partes e o segundo caracterizado por um sistema vertical punitivo. [...]. Os dois modelos não seguiram um desenvolvimento linear marcado pela evolução de um para o outro, pelo contrário, ambos se alternaram muito ao longo da história e também coexistiram em alguns períodos”. OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 16.

na construção de uma sociedade com a previsão de direitos e garantias, inclusive para o autor de um crime.

Contudo, se por um lado a substituição da vítima pelo Estado na atribuição de resposta para a prática de um crime evidencia-se importante, com a atribuição de limites, controle, previsão de direitos, entre outros fatores, por outro, como menciona Alessandra Greco: à medida que surge uma autoridade centralizadora responsável pela punição, há um abandono da vítima³⁸.

Hassemer assinala que o direito penal europeu continental é orientado pelo autor, isto é, começou de forma histórica com a neutralização da vítima no processo de controle do crime, e, nas representações dos fins da pena, a vítima encontra-se novamente e cada vez mais à margem³⁹.

No entanto, é possível identificar uma mudança de rumo no que se refere à atenção atribuída aos anseios e à participação da vítima pela legislação penal⁴⁰. A título de exemplo, Luis Miguel Reyna Alfaro indica que, no contexto de reformas processuais penais as quais vêm ocorrendo no cenário latino-americano, níveis mais elevados de protagonismo foram reconhecidos em favor da vítima⁴¹, como no código de processo

³⁸ GRECO, 2004, p. 29.

³⁹ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática de direito penal e na política criminal. Tradução de: Pablo Rodrigo Alflen. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013, p. 45-46.

⁴⁰ No Brasil, a título de exemplo, existem crimes cuja persecução depende de ação penal de iniciativa privada, isto é, da vítima; há outros para os quais deverá haver a representação da vítima para o que o Ministério Público possa propor a ação; também tem a possibilidade de que a vítima proponha a ação penal caso o Ministério Público não observe o prazo legal (art. 100, CP). Ademais, a vítima pode perdoar o seu ofensor nos crimes de ação penal privada (art. 105, do CP). Também há previsão de que o juiz fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima (artigo 387, inciso IV, do CPP). No tocante à União Europeia, André Klip assinala que existe o reconhecimento de vários direitos de defesa aplicáveis em processo penal, tal qual direito às vítimas, como a Diretiva 2012/29, cujo propósito é garantir que as vítimas se beneficiem de informação, apoio e proteção, requisitos adequados, para que possam participar do processo penal. O artigo 2º da referida Diretiva oferece a definição de vítima “[...] uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, [...], ou um prejuízo material diretamente causado por um crime”, e também “os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência da morte dessa pessoa”. KLIP, André. Direitos e garantias processuais na União Europeia: conciliando os direitos do acusado com os direitos da vítima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 27, n. 157, p. 209-246, jul. 2018.

⁴¹ ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 22, p. 135-153, dec. 2008, p. 141.

penal argentino⁴² e peruano⁴³, que assumem um conceito mais extenso o qual permite incorporar vítimas indiretas.

Ainda nesse sentido, Hassemer indica que um Direito Penal futuro levará mais em consideração a vítima, sendo a reparação um componente moderno e atrativo das teorias da pena⁴⁴, que devem colocar a vítima mais no centro de suas concepções⁴⁵. Ademais, em conformidade com Alessandra Greco, com o surgimento da Vitimologia⁴⁶ como ramo científico autônomo da Criminologia, os estudiosos do Direito Penal passam a se preocupar com o conceito de vítima, suas diversas classificações e com o comportamento desta diante do crime⁴⁷.

⁴² O código de processo penal argentino dispõe no título IV, capítulo III sobre os direitos da vítima e da testemunha (artigos 79 – 81), especificamente no artigo 79, alínea c, prevê o direito de proteção da integridade física e psíquica da vítima e de seus familiares.

⁴³ O código de processo penal peruano dispõe sobre a vítima no título IV, no capítulo I trata do lesado; no II do ator cível e no III do querelante.

⁴⁴ Francisco Muñoz Conde pontua que a pena se justifica como medida de repressão indispensável para manter as condições de vida fundamentais para a convivência humana de uma comunidade (p. 70). Tradicionalmente, as teorias da pena distinguem-se entre absolutas, relativas e ecléticas. As absolutas veem o sentido da pena como retribuição, imposição de um mal pelo mal cometido. As relativas são as que atendem ao fim que se persegue com a pena, se dividem em teorias de prevenção especial e prevenção geral, estas veem o fim da pena na intimidação da generalidade dos cidadãos para que se apartem do cometimento de delitos; enquanto as de prevenção especial veem como fim da pena o afastamento do delinquente do cometimento de crimes futuros. Já a teoria mista/união, defende uma postura intermediária que busca conciliar ambos os extremos, partindo da ideia de retribuição como base, contudo, adicionando também o cumprimento de fins preventivos, gerais e especiais. CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p. 71-72.

⁴⁵ HASSEMER, 2013, p. 45-46.

⁴⁶ De acordo com Alessandra Greco, a criminologia – ciência que centrou seus estudos no criminoso e nos motivos do crime – acabou, paulatinamente, abrindo espaço para o surgimento da vitimologia, ciência que adicionou a presença da vítima no fenômeno criminoso e deu margem ao surgimento de mais um fator na equação crime-criminoso, chegando-se ao trinômio crime, criminoso e vítima. Já a vitimodogmática vai além disso, esta objetiva estabelecer qual foi a contribuição da vítima para o crime, possibilitando maior cuidado no momento de se atribuir a culpabilidade ao agente, assim, visando estabelecer como deve ser tratado, do ponto de vista dogmático, o comportamento da vítima. GRECO, 2004, p. 48. Consoante Luis Rodríguez Manzanera “es de aclararse que la “Victimologia” puede interpretarse en diversas formas: como una ciencia fáctica y autónoma, como un movimiento a favor de las víctimas, como rama de la Criminología, como conjunto de normas de protección a las víctimas (Derecho Victimal). [...] Actualmente es ya pacífico el considerar a la Victimología como ciencia, con su objeto, método y fin propios, y que ha alcanzado su autonomía académica y científica”. Tradução livre: “Cabe esclarecer que a “Vitimologia” pode ser interpretada de várias maneiras: como ciência factual e autônoma, como movimento em favor das vítimas, como ramo da Criminologia, como conjunto de regras para a proteção das vítimas (Direito da Vítima). [...] Atualmente já é pacífico considerar a Vitimologia como uma ciência, com objeto, método e finalidade próprios, e que alcançou sua autonomia acadêmica e científica”. MANZERA, Luis Rodríguez. Derecho victimal y victimogomática. **Encuentro Internacional en homenaje al Prof. Dr. Antonio Beristain Ipiña**, Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, n. 26, p. 131-141, 2012, p. 132-133.

⁴⁷ GRECO, 2004, p. 15.

Além disso, como pontua M. Carmen Alastuey Dobón, os vitimólogos dirigem seus esforços na elaboração de programas de assistência à vítima, assim como, mais recentemente, aos programas de indenização às vítimas, tanto a cargo do infrator quanto a cargo do Estado⁴⁸.

Acrescente-se, ainda, que Antonio Beristain Ipiña chega a propor uma transformação da dogmática penal para alcançar um foco nas vítimas⁴⁹. Por sua vez, este indica que a dogmática de ‘ontem’ segue o axioma do *in dubio pro reo*, demonstrando um avanço importante para cessar a violência e agressividade do direito penal primitivo⁵⁰, embora a dogmática de hoje deva contemplar a vítima no centro, de modo a atribuir-lhe uma sanção reparadora, isto é, sem diminuir – pelo contrário, com o aumento – as garantias do réu, para que este possa exercer seus direitos por meio de um novo sistema processual de mediação/conciliação⁵¹. Portanto, Antonio Beristain Ipiña conclui que a dogmática penal futura precisa de uma ruptura epistemológica para superar o excessivo encapsulamento punitivo, expansionista e retributivista⁵².

Destarte, tendo em consideração a necessidade de um olhar voltado para a vítima, especialmente em relação aos danos suportados e que precisam ser reparados, tal qual a relevância de ter uma resposta estatal satisfatória ao crime que pode lhe causar prejuízos de diferentes vertentes, tem-se a Justiça Penal Negocial, a ser abordada posteriormente, como um possível caminho para tanto, isso se for aplicada de acordo com limites constitucionais e legais.

No entanto, cabe destacar que tal contribuição da Justiça Penal Negocial para a vítima nem sempre é feita de maneira direta, isto é, por meio de uma negociação estabelecida entre a vítima e o agressor, pois, como pontua Vinicius Vasconcellos, na grande maioria dos institutos negociais, o ofendido não possui atuação determinante na elaboração do acordo, o qual se pauta, em regra, por diálogos entre o órgão acusador

⁴⁸ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 41.

⁴⁹ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, in dubio pro reo; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas). **Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada**, n. 1, p. 01-13, ago./dez. 2008, p. 3.

⁵⁰ Ibidem, p. 4.

⁵¹ Ibidem, p. 5-6.

⁵² Ibidem, p. 10.

ministerial e a defesa – réu e seu advogado⁵³. Fator citado este que precisa ser revisto, em determinados institutos negociais, para que se possa considerar, efetivamente, a Justiça Penal Negocial com uma perspectiva reparadora à vítima.

Luis Miguel Reyna Alfaro menciona a introdução da vítima como elemento de debate da Política Criminal, por esta permitir a expressão de uma posição que não havia antes, uma vez que o sistema penal tinha como atores o Estado e o agressor, neste caso, excluía-se a vítima. Atualmente, a vítima tornou-se mais um ator, permitindo uma relação tríade Estado-infrator-vítima, a qual possibilitará que o sistema seja menos retributivo e mais reconciliador⁵⁴.

Para mais, consoante Pablo Galain Palermo, caso realizada esta mudança de modelo, poderá-se ir da dimensão vertical – que é o modelo vigente – para uma dimensão horizontal, isto é, com solução de conflitos em que as decisões provêm do desenvolvimento de um processo no qual todos podem participar. Intentando-se uma solução conciliadora do conflito, bem como à reparação do dano causado à vítima (e à sociedade), à pacificação das relações sociais, e, portanto, evitando-se a segregação do autor do delito e o esquecimento da vítima⁵⁵.

Tais mudanças de paradigmas – ligadas à atribuição de importância à vítima – refletem a inserção de mecanismos negociais na seara criminal e colocam em pauta, como bem indica Pablo Galain Palermo, a discussão acerca da necessidade de considerar a reparação do dano à vítima. Isso ocorre como uma questão que escapa à esfera privada e deve ser localizada no Direito Penal, no qual se pode constituir uma forma de resolução do conflito penal⁵⁶.

No entanto, é importante ressaltar, desde logo, que a aproximação entre institutos próprios do Direito Civil, qual seja, a reparação do dano – que constitui meio relevante para a inclusão da vítima na resolução da questão criminal, quando pensados e aplicados no contexto penal – devem atender a uma análise criteriosa para que não se converta, por

⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015a, p. 57.

⁵⁴ ALFARO, 2008, p. 149.

⁵⁵ PALERMO, 2010, p. 133.

⁵⁶ Ibidem, p. 87.

exemplo, o processo penal em mero instrumento de reparação⁵⁷. Caso ignorados os direitos e garantias do investigado/réu sob a justificativa de privilegiar-se a vítima, poderá haver, no lugar de uma ideia de conciliação e uma resposta menos retributivista, o contrário, ou melhor dizendo, um agravamento de ideias punitivistas e vingativas.

Embora as reflexões sobre o papel a ser ocupado pelas vítimas passem a pautar o Direito Penal, Processual Penal e a Política Criminal, estas deverão, como menciona Hassemer, ser avaliadas⁵⁸, porque trazem desconfiança e críticas, principalmente devido às formalidades que caracterizam o processo penal e que se opõem às ideias de mediação e negociação⁵⁹, as quais buscam atribuir maior atenção à vítima de modo a perseguir os interesses das partes e de seu próprio sentimento de justiça⁶⁰.

Não se pode desconsiderar que o processo penal tradicional é pensado a partir do conflito (não consenso) que se estabelece entre a acusação (Estado), que imputa um crime e visa a aplicação de uma pena, e, por conseguinte, o acusado que se opõe a esta imputação, intentando sua absolvição. Tal estrutura conflituosa está ancorada em direitos e garantias indispensáveis para que se assegure ao acusado um processo legalmente justo. Sobre isso, Hassemer alerta que:

A presunção de inocência não pode ser sacrificada por interesses terapêuticos, nem mesmo nos crimes de bagatela, quem dirige o processo deve proteger os direitos das partes, procurar um equilíbrio para não as colocar em um nível de pressão.⁶¹

Além disso, Marcos César Alvarez *et al.* assinalam que a respeito do espaço a ser ocupado pela vítima, para alguns, teríamos a efetiva emergência de novos atores sociais,

⁵⁷ Francesco Carnelluti faz uma parábola do clássico conto de fadas “Cinderela”, no qual a Cinderela, que seria o processo penal, se contentava com os vestidos descartados por suas irmãs mais afortunadas, o processo civil, já que o processo penal sempre foi preterido em relação ao processo civil. Nem todas as categorias do processo civil podem ser aplicadas ao processo penal, como dito por Aury Lopes Júnior “como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida”, vez que o processo penal tem suas categorias autônomas, próprias e suas especificidades. É possível a aplicação de normas processuais civis ao processo penal, porém deverá ser feita de modo a observar os direitos e garantias fundamentais e assegurar ao réu o devido processo legal, respeitando as especificidades do Direito Processual Penal. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Traducción Roccio Cantarero Bandrés. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 43, p. 241-260, 1990, p. 245.

⁵⁹ Ibidem, p. 251.

⁶⁰ Ibidem, p. 252.

⁶¹ Ibidem, p. 256.

de novas demandas por reconhecimento daqueles que, durante séculos, estiveram silenciados. Para outros, no entanto, essa emergência faria parte de um novo fervor punitivo que invade o espaço público⁶².

Portanto, ainda que se reconheça que um novo rumo deva ser seguido pela seara criminal, pensando na vítima, há que se considerar, também, os problemas que podem decorrer de uma perspectiva de protagonismo, para evitar uma sede por punição, bem como impedir que a reparação do dano tenha um fim meramente cível.

Verifica-se que embora seja possível identificar reflexões sobre atribuir maior importância à vítima no âmbito criminal – e que isso possa trazer certos benefícios por meio de uma solução menos gravosa para o autor do crime, um sentimento de justiça para a própria vítima, como a satisfação com a reparação do dano e a confiança nos mecanismos dispensados pelo Estado para a solução da questão criminal⁶³ – é preciso que a condução desse rumo seja feita de forma muito criteriosa, respeitando, sobretudo, direitos e garantias constitucionais e legais do investigado/réu. Em consequência, evitando que se retorne aos tempos primitivos de uma “vingança privada”, com a exacerbação de ideias sobre vingança e punição, bem como para que não se restrinja o Direito Penal e Processual Penal a fins estritamente utilitários. Daí então a relevância de buscar-se um equilíbrio entre os direitos do investigado/réu e da vítima.

⁶² ALVAREZ, Marcos César *et al.* A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a.18, n. 86, p. 248-288, set./out. 2010, p. 250.

⁶³ O Manual de gestão para alternativas penais, produzido entre DEPEN (Departamento Penitenciário) e PNUD Brasil (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), e atualizado, diagramado e impresso no âmbito do Projeto BRA/18/019 – Sistema Prisional e Socioeducativo, entre CNJ e PNUD Brasil, e implementado em parceria com o DEPEN, às alternativas penais deve-se agregar novos paradigmas, radicalmente opostos àqueles colados ao aprisionamento, sobretudo garantindo o protagonismo e responsabilização das pessoas envolvidas, a reparação de danos quando possível e a restauração das relações quando desejável pelas partes, de forma que a adequação da pena ou medida e o cumprimento da mesma se traduzam na real resolatividade do conflito para as pessoas envolvidas no caso trazido à esfera penal (p. 33). Acrescente-se que um dos princípios para as alternativas penais é o primado da vítima (princípio nº 16), o qual consigna que é preciso restituir às partes, principalmente à vítima, o empoderamento capaz de solucionar os problemas; outorgando-lhes maiores prerrogativas capazes de restabelecer e restaurar direitos e relações afetados, em contraposição à retribuição e castigo. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: CNJ, 2020, p. 40.

1.3 NOTAS SOBRE A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Tendo em vista que a escassez de recursos produz reflexos diretos na persecução penal, pois se a Administração da Justiça não dispõe de recursos materiais e humanos para assegurar investigações, tramitações processuais, execuções penais, bem como resposta às vítimas, entre outros, de forma adequada e satisfatória, abre-se espaço para discussões acerca da necessidade de inserção de mecanismos que possam contribuir a fim de que resultados mais eficientes sejam alcançados.

Nesse cenário, a Justiça Penal Negocial e seus respectivos institutos passam a ocupar um espaço de protagonismo, o que constitui um modelo, conforme definido por Vinicius Vasconcellos:

[...] que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.⁶⁴

Tendo isso em consideração, pontua-se que a inserção dos acordos na área criminal está relacionada, segundo Flávio da Silva Andrade, com a ideia de consenso ou de acordo de vontades⁶⁵, que embora seja própria do direito privado, há muito tempo faz-se presente no campo processual criminal em países do *common law*, sobretudo, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Países os quais os mecanismos consensuais

⁶⁴ VASCONCELLOS, 2015a, p. 57.

⁶⁵ Rafael Oliveira menciona que o processo penal de consenso busca aproximar os sujeitos processuais para, em conjunto, encontrarem a melhor solução legal para pacificar a tensão causada pelos seus interesses diversos surgidos com a prática do delito. Pressupõe-se uma relação horizontal entre os sujeitos, que devem agir vinculados à lei, de modo a evitar que uma das partes imponha os seus interesses às demais, o que desvirtua o conceito de consenso por representar a vontade de uma só parte, e prejudica a realização da justiça, seja por uma punição exacerbada do ofensor ou pela violação das suas garantias fundamentais, seja pela aplicação de uma sanção que não atenda à culpa e às necessidades de prevenção do caso concreto. OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 62.

foram vistos como relevantes meios de resolução alternativa de litígios e de desburocratização dos sistemas penais⁶⁶.

No contexto norte-americano, a história do crescimento do *plea bargaining*⁶⁷ (que é um dos institutos da Justiça Penal Negocial) começa, conforme George Fisher, na década de abertura do século XIX. Já no final, as confissões de culpa representavam cerca de 80% de julgamentos no Condado de Middlesex⁶⁸.

Verifica-se que o mencionado instituto entrou, no século XX, com todo o poder de permanência⁶⁹, e continua sendo amplamente utilizado no cenário atual. Bernd Schünemann, crítico do modelo negocial, aponta que, nos últimos 30 a 40 anos, mais de 90% dos processos penais nos Estados Unidos têm sido concluídos com um *guilty plea*⁷⁰.

A extensa utilização do *plea bargaining* está ligada com o próprio modelo estadunidense, no qual, pontua Vinicius Vasconcellos, há ampla discricionariedade de atuação do representante do Ministério Público, o que possibilita o manejo das acusações para adaptação às diversas espécies de negociações⁷¹, bem como garante espaço para que o acusado renuncie ao processo a fim de que lhe seja imposta uma pena consentida no acordo⁷².

Tem-se, portanto, um cenário de negociação amplo, mas que é alvo de muitas críticas, especialmente no que se refere ao número de inocentes que aderem aos acordos

⁶⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 35.

⁶⁷ Segundo Walter Bittar, as declarações negociadas podem ser explícitas ou implícitas, na forma explícita existe uma negociação entre as partes quanto aos fatos, qualificação e pena, para se chegar a um acordo. São conhecidas três modalidades, a *sentence bargaining*, que consiste num acordo que em troca da declaração de culpabilidade do acusado lhe é feita a promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes ao juiz, ou de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feito pela defesa. A segunda modalidade é a *charge bargaining*, em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o prosecutor se compromete a abandonar ou acusá-lo de um delito menos grave que o realmente cometido. Já na terceira forma, a mista, existe a aplicação de uma pena atenuada e diminuição de imputações em troca da confissão do acusado. No *implicit bargainig*, mesmo não havendo negociação, a declaração de culpa proporciona ao acusado uma pena mais branda do que àquele que insistir em ir a julgamento. BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 97.

⁶⁸ FISHER, George. Plea bargaining's triumph. **The Yale Law Journal**, v. 109, p. 857-1086, 2000, p. 864.

⁶⁹ Ibidem, p. 1016.

⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 252.

⁷¹ VASCONCELLOS, 2015a, p. 60-61.

⁷² Ibidem, p. 61.

para evitar o risco de penas graves. Contudo, mesmo com muitas falhas, a extensa aplicação de mecanismos negociais não tem sido uma exclusividade dos países anglo-saxões.

Nota-se, o aumento quanto à quantidade de comportamentos desviantes na sociedade industrial pós-moderna, bem como a rápida expansão da criminalidade organizada e as exigências probatórias das novas categorias de delitos ambientais e econômicos, que quebraram os limites da capacidade do processo penal, criado no século XIX na Europa Continental⁷³.

Da forma mencionada, com aumento da demanda de atuação estatal para investigar, processar e punir os comportamentos desviantes, que se multiplicam, e diante da escassez de recursos presentes, em maior ou menor grau, nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, passa-se a buscar nas ideias negociais uma possível forma de amenizar o problema supracitado.

Entretanto, para evitar que problemas ainda maiores decorram da instauração da Justiça Penal Negocial, há muito o que ser feito para que limites e parâmetros bem estabelecidos sejam respeitados de modo efetivo nos acordos negociais.

Flávio da Silva Andrade consigna que nas últimas décadas, por influência do *common law*, os países da Europa Continental e da América Latina⁷⁴ passaram a introduzir ou expandir espaços de consenso em seus ordenamentos jurídico-penais. O propósito consistiu na busca por solução para a crise de morosidade e ineficiência⁷⁵ que ainda assola seus sistemas de justiça criminal⁷⁶.

⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. **Derecho Penal y Criminología**, Universidad Externado de Colombia I, v. 25, n. 76, p. 175-198, 2004, p. 178.

⁷⁴ Schünemman aponta que não só o instituto mais importante do modelo processual penal norte-americano, o *plea bargaining*, vem expandindo-se cada vez mais sobre o continente europeu, como também a muito ansiada e necessária reforma em matéria processual penal na América Latina vem sendo fortemente influenciada pelo desenvolvimento do modelo processual penal dos Estados Unidos da América. SCHÜNEMANN, 2013, p. 240.

⁷⁵ “La urgencia del cambio de paradigma, parte entre otras cosas, del marco actual de Justicia Penal en Latinoamérica, repleto de vulneraciones de DDHH, carencia de infraestructura y recursos humanos y superpoblación carcelaria”. Tradução livre: a urgência de mudança de paradigma, parte entre outros motivos, do atual quadro da Justiça Criminal da América Latina, repleto de violações a direitos humanos, falta de infraestrutura e recursos humanos e superpopulação carcerária. PEKMEZIAN; PRIETO, 2014, p. 200.

⁷⁶ ANDRADE, Flávio, 2018, p. 35.

Contudo, o transplante jurídico de institutos negociais do *common law*, para realidades distintas do sistema *civil law*, não é uma tarefa simples, pois ocorrem particularidades em cada um dos sistemas que precisam ser respeitadas.

Schünemann denota que o modelo tradicional europeu é lento para constituir, em cada caso de milhões de comportamentos desviantes, os pressupostos irrenunciáveis em prol de uma condenação. Embora, de outra forma, tratando especificamente do *plea bargaining*, Schünemann ressalte que o modelo norte-americano não tem as garantias para a verdade e justiça, cujos valores só podem ser estabelecidos em fase processual de produção de provas, a qual não existe neste instituto negocial, que tem como base apenas a investigação preliminar⁷⁷.

Sob esse ângulo, as cautelas que não são oferecidas pelo *plea bargaining* deveriam, a título de exemplo, ser incorporadas na fase de investigação preliminar, para que o acordo pudesse levar a um resultado justo e que correspondesse para a verdade⁷⁸. No entanto, tal incorporação não ocorreria facilmente, tendo em vista as próprias dificuldades de sua observação, até mesmo no processo penal tradicional⁷⁹, o que demonstra, portanto, que o transplante jurídico de institutos nem sempre oferecerá todas as respostas para os problemas do ordenamento jurídico receptor.

Observa-se que não apenas países europeus têm aderido à ideia negocial. No contexto latino-americano, Alberto Binder discorre que uma das características mais importantes do processo de reforma da justiça penal na América Latina é a ruptura do modelo rígido vinculado, sobretudo, à obrigatoriedade⁸⁰ do exercício da ação penal, à feitura de novas regras mais flexíveis, próximas ao “princípio da oportunidade”⁸¹. A

⁷⁷ SCHÜNEMANN, 2004, p. 189.

⁷⁸ SCHÜNEMANN, loc. cit.

⁷⁹ Ibidem, p. 190-191.

⁸⁰ Segundo Julio Maier, frente a decisão de oficializar a persecução penal, como regra geral, foi considerado necessário impor ao Ministério Público, por via de princípio, o dever de promover a persecução diante da notícia de um fato punível, que após terá uma decisão judicial que solucionará o caso. Além disso, uma vez promovida a persecução, deverá ir até o final, sendo irretratável. Isso significa que nenhum critério de oportunidade - princípio contrário - político-utilitarista por conveniência prática, econômica, temporal, etc. - autoriza, em princípio, a prescindir da ação penal em face da notícia da prática de ato punível. MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004a, p. 828.

⁸¹ Julio Maier pontua que, quanto ao princípio da oportunidade, existem dois modelos gerais de aplicação. Para o primeiro, oportunidade é a regra, elevada ao princípio norteador do processo criminal. Existem países onde essa regra domina, como nos Estados Unidos da América. Também há o modelo em que a

exemplo, tem-se a suspensão da persecução penal com a aplicação de medidas alternativas, a extinção da ação pela conciliação dos interesses das partes, ou ainda, mediante a reparação suficiente do dano, além de outros⁸² modelos.

Nesse sentido, Máximo Langer também comenta sobre as reformas processuais penais na América Latina, que se encontram à inclusão de regras as quais permitem mecanismos de negociação e resolução alternativa de conflitos, tal qual a expansão de proteção da vítima no processo penal⁸³. Esses rumos estão imbrincados com a Justiça Penal Negocial e assentes na busca por eficiência.

Pois, segundo Máximo Langer, nos anos 90, houve crescente preocupação na América Latina com o aumento das taxas de criminalidade, o que colocou a eficiência do sistema de justiça criminal na agenda de muitos governos latino-americanos, abrindo espaço para políticas públicas de reformas⁸⁴, dessa maneira, com o crescente interesse na relação entre desenvolvimento econômico e Estado de Direito.

Seguindo, portanto, a ideia de mudanças que pudessem gerar mais eficiência na Justiça Criminal, fez com que o Instituto Ibero-americano de Direito Processual⁸⁵ elaborasse o Código Processual Penal Modelo para os países da Ibero-américa, apresentado no ano de 1988. Tal diploma inclui o alcance de participação da vítima, preocupação com os acordos reparatórios, com o devido processo, eficiência e transparência, além de possibilidade de suspensão condicional do processo, procedimentos abreviados, entre outras modificações que vão ao encontro da perspectiva proposta pela Justiça Penal Negocial.

Neste contexto, tratando-se em específico do Brasil, Ada Pellegrini aponta, por exemplo, que uma das aproximações com o Código Modelo ocorreu pela admissão da

oportunidade assume um caráter formal de exceção as regras da legalidade, permitindo em alguns casos definidos legalmente, prescindir a persecução penal. MAIER, 2004a, p. 837.

⁸² BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁸³ LANGER, Máximo. **Revolución en el proceso penal latino americano**: difusión de ideas legales desde la periferia. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA), 2008, p. 4.

⁸⁴ LANGER, op. cit., p. 18.

⁸⁵ O Instituto foi criado em 1957 com o fim de reunir processualistas da América Latina, Espanha e Portugal.

transação penal, em nível constitucional⁸⁶. Cabe destacar que essa incorporação ocorreu no artigo 98, inciso I, no qual a Constituição Federal de 1988 prevê a hipótese de transação.

Já no campo legislativo, a influência supracitada deu-se, entre outras, com a Lei nº 9.099/95 dos Juizados Especiais, que não só regulou a transação⁸⁷, como também o acordo reparatório⁸⁸ e a suspensão condicional do processo⁸⁹⁹⁰.

Sobre tais institutos, embora não seja o foco da presente dissertação, mostra-se importante destacar que são objetos de muitas críticas no sentido de que não promovem uma efetiva negociação por meio do consenso, e que são aplicados para uma aceleração e descongestionamento do Judiciário brasileiro. Dessa maneira, “a preocupação com a rapidez das etapas do processo, aliada a enorme demanda que se apresenta aos JECRIMs, resta por inibir as possibilidades de manifestação e de satisfação da vítima⁹¹”.

As considerações acima, tecidas por Alvarez *et al.*, demonstram que a finalidade para a qual os institutos são pensados podem representar benefícios para o Sistema de Justiça, no entanto, a prática denota falhas que precisam ser consideradas e corrigidas.

Outro instituto negocial, presente no direito pátrio, é a colaboração premiada que, segundo Walter Bittar, tem na Lei nº 8.072/1990⁹², mesmo sem nenhuma norma

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. **Congresso Internacional – Processo de integração e solução das controvérsias: do contencioso entre os Estados à tutela individual. Europa e América Latina**. Roma, set. 1999, p. 954.

⁸⁷ Nos termos do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, de forma resumida, a transação penal pode ser proposta pelo Ministério Público nos crimes de ação penal pública incondicionada ou quando houver representação, cuja pena máxima cominada não ultrapasse 2 (dois) anos, e se não for o caso de arquivamento, com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, observadas as exigências e requisitos legais.

⁸⁸ De acordo com o artigo 72 e seguintes, da Lei nº 9.099/95, em síntese, na audiência preliminar, presente o Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta imediata de pena não privativa de liberdade. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. A composição homologada pelo juiz terá eficácia de título a ser executado no juiz civil competente. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, dentre outras medidas.

⁸⁹ Consoante o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, em suma, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, observadas as disposições legais.

⁹⁰ GRINOVER, op. cit., p. 955.

⁹¹ ALVAREZ, Marcos César *et al.* A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a.18, n. 86, p. 248-288, set./out. 2010, p. 262.

⁹² Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

procedimental para a negociação, a porta de abertura para a implementação de um modelo de justiça negocial no Brasil. Esse modelo permitiu, no caso concreto, a negociação do benefício da diminuição de pena em troca da colaboração⁹³.

A regulamentação veio apenas em 2013, com a Lei nº 12.850/2013⁹⁴, que passou a considerar a colaboração como meio de obtenção de provas, além de ter definido as formas de operacionalização do instituto, que já está consolidado no Brasil, notadamente no tocante à criminalidade econômica e organizada, implementado como objeto de muitas críticas pelas falhas na sua aplicação⁹⁵.

Pontua-se que o espaço de negociação criminal brasileiro se ampliou ainda mais com o acordo de não persecução penal, que será abordado posteriormente.

Constata-se que os referidos institutos também estão na linha dos princípios e diretrizes estabelecidos nas Regras de Tóquio, editadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990, por meio da Resolução nº 45/110. Nas palavras de Ricardo Lewandowski, tais regras buscam consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade⁹⁶.

Segundo o jurista, essas medidas funcionam como divisores de águas entre uma cultura punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição de justiça, porque valorizam as formas e resultados menos danosos do que aqueles

⁹³ BITTAR, Walter Barbosa, 2020, p. 226.

⁹⁴ Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

⁹⁵ Vide: “Em contraposição à sistemática prevista no ordenamento brasileiro, os acordos formalizados no âmbito da operação Lava Jato têm inovado em diversos aspectos, como a previsão de regimes diferenciados de execução de penas, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação de imunidade a familiares e terceiros aos acordos, a renúncia ao acesso à justiça e os recursos e a imprecisão de um dever genérico de colaboração.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 28, v. 166, abr. 2020, p. 258.

⁹⁶ LEWANDOWSKI, Ricardo. Apresentação. In: LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana (coord.). **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. 2016. Brasília: CNJ, 2016, p. 12.

decorrentes da utilização da prisão⁹⁷⁹⁸. Conforme se verifica do item 5.1 do citado diploma⁹⁹:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, 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 com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Portanto, constata-se que a Justiça Penal Negocial se faz presente em diferentes países, com diversos institutos e particularidades, tentando atribuir auxílio à investigação, garantir o ressarcimento à vítima, recuperar o produto do crime, evitar ação penal, abreviar os procedimentos, entre outros. Sobre tais fins constituírem ou não benefícios, existem numerosas discussões, por exemplo, como argumentos no sentido de que o Estado pode realocar recursos através dos acordos negociais para a persecução de crimes mais graves, que, ao réu, são aplicadas medidas menos gravosas em relação à pena, e que para a vítima poderá se ter o dano reparado.

De outro modo, há críticas de que não é possível cogitar negociação na área criminal, uma vez que o Ministério Público ocuparia um espaço superior e exerceria uma pressão sobre o acusado, suprimindo direitos e garantias¹⁰⁰. Posto isto, pontua-se que tais

⁹⁷ LEWANDOWSKI, 2016, p. 12.

⁹⁸ “[...] la prisión ha venido a sustituir otras formas de castigo que hoy día culturalmente son inaceptables, sin embargo las consecuencias de este tipo de institución parecen ser las mismas a las aplicadas siglos atrás, escondidas bajo una diferente etiqueta”. Tradução livre: a prisão veio para substituir outras formas de punição que hoje são culturalmente inaceitáveis, embora as consequências desse tipo de instituição pareçam ser as mesmas aplicadas há séculos, escondida sob um rótulo diferente. PEKMEZIAN; PRIETO, 2014, p. 200.

⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

¹⁰⁰ Vide: LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. **Delação premiada no limite**: a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 25-29. LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do *fair play*. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. **Delação premiada no limite**: a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 59-62.

críticas correspondem, por exemplo, à realidade estadunidense, e que, em certa medida, também estas aplicam-se ao Brasil em determinados casos.

Contudo, é preciso considerar que como os institutos negociais brasileiros¹⁰¹ não permitem a aplicação de pena privativa de liberdade em decorrência da negociação, se reduz, consideravelmente, a ideia de pressão sobre o acusado¹⁰². Ademais, de acordo com Vladimir Passos de Freitas, se diz “olha, é um risco, porque o Ministério Público, fazendo sozinho, às vezes impõe: ou são 5 anos de prisão ou vamos discutir e você pode pegar 15 anos”, mas, segundo o referido jurista, não há esse risco no Brasil, porque todos os acordos serão homologados pelo juiz, que terá que ouvir e avaliar¹⁰³.

Assim, verifica-se que existem muitos problemas e dificuldades decorrentes dos institutos negociais que demandam limites estritamente estabelecidos para os acordos, bem como uma atuação vinculada – por parte dos atores que lidam com a negociação – ao que dispõe a lei e ao que determina a Constituição Federal.

Para além desses pontos, discute-se também, a título de exemplo, os parâmetros para definição dos crimes que podem ser objeto de negociações. Sobre essa questão, é válido atentar que, segundo Rafael Serra Oliveira, o Brasil não faz uma divisão sistemática entre criminalidade média e grave, dessa forma, distinguindo apenas a pequena criminalidade, consubstanciada nas infrações de menor potencial ofensivo¹⁰⁴¹⁰⁵.

¹⁰¹ Vale destacar que a colaboração premiada, por si só, não resulta na aplicação de pena privativa de liberdade, uma vez que, conforme definido no artigo 3º-A da Lei nº 12.850/2013, a colaboração constitui meio de obtenção de prova e, portanto, não exclui o processo e a produção de provas, tal qual, evidentemente, a necessidade de sentença.

¹⁰² “Os mecanismos atualmente previstos no Brasil (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) apresentam limitações relevantes: em nenhum deles permite-se a imposição de pena restritiva de liberdade e tampouco autorizam a configuração de uma condenação formal ao imputado. Ou seja, em caso de descumprimento não podem ser executados forçadamente nem caracterizam maus antecedentes ou os demais efeitos da sentença condenatória”. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil: propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 29, v. 175, p. 343-360, jan. 2021.

¹⁰³ FREITAS, Vladimir Passos de. **1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura - Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019, p. 6. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/pdf/55679>. Acesso em: 08 ago. 2021.

¹⁰⁴ Lei nº 9.099/95. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

¹⁰⁵ Rafael Serra Oliveira entende que tais delitos deveriam ser descriminalizados. OLIVEIRA, 2015, p. 99.

Contudo, considerando que as penas privativas de liberdade até quatro anos permitem a substituição por penas restritivas de direitos¹⁰⁶ e a fixação de regime aberto para o cumprimento de pena¹⁰⁷ (além de ser vedada a prisão cautelar nos crimes com pena máxima de até quatro anos¹⁰⁸), esse seria o limite da média criminalidade no país¹⁰⁹¹¹⁰.

Manuel da Costa Andrade defende que a limitação – quanto aos acordos - deve se referir à pequena e média criminalidade¹¹¹, e, portanto, os delitos mais graves deverão encontrar resoluções no espaço reservado ao conflito¹¹². Uma vez que acordos em crimes graves poderiam gerar a pressão¹¹³ mencionada por Schünemann, pois ou se aceitaria uma pena menor no acordo, ou se correria o risco de uma ação penal e de sofrer com a aplicação de uma pena mais grave¹¹⁴.

Assim, é preciso refletir sobre as fronteiras que a negociação pode ou não cruzar¹¹⁵, mas, de qualquer forma, o modelo negocial torna viável estabelecer um sistema,

¹⁰⁶ Art. 44, inciso I, do Código Penal.

¹⁰⁷ Art. 33, §2º, alínea c, do Código Penal.

¹⁰⁸ Art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, 2015, p. 99.

¹¹⁰ “No entanto, [...], guardamos certas restrições quanto a este critério tradicional para definição da gravidade do delito, uma vez que se baseia exclusivamente na quantidade de pena cominada pelo legislador, desconsiderando, por completo, os diversos interesses extra penais envolvidos na determinação da punição aplicável à conduta, como, por exemplo, os interesses dos grupos dominantes da sociedade. [...]. Portanto, propomos uma nova distinção entre o que se convencionou de média e grave criminalidade, completamente dissociada do quantum da pena, mas relacionada ao tipo de pena aplicada à conduta, constituindo o rol da média criminalidade todas aquelas para as quais não seja cominada pena restritiva de liberdade”. OLIVEIRA, 2015, p. 100.

¹¹¹ Flávio da Silva Andrade, pontua que a pequena criminalidade é definida como aquele da pequena potencialidade lesiva, e pequeno impacto social, e é reprimida mediante a imposição de sanções alternativas à prisão. A média criminalidade diz respeito a delitos intermediários, que se situam entre as infrações leves e graves, geralmente punidos com penas de prisão de curta duração, e também podem ensejar reprimendas alternativas ao cárcere. A grave delinquência consiste nos delitos de maior potencial lesivo, que afrontam bens jurídicos preciosos para a coletividade, punidas com prisões de média ou longa duração. ANDRADE, Flávio da Silva, 2018, p. 32.

¹¹² ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. *In: Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334-335.

¹¹³ Flávio da Silva Andrade indica que na imputação de um crime grave, punido com prisão de longa duração, há o risco de o acusado aceitar a solução consensuada por medo de, no julgamento convencional, ser condenado à longa privação de liberdade. ANDRADE, Flávio da Silva, 2018, p. 33.

¹¹⁴ SCHÜNEMANN, 2013, p. 253.

¹¹⁵ “Considero que uma limitação é necessária, pois existem crimes especialmente desvalorosos e reprováveis nos quais uma negociação sobre a sentença dificilmente poderia ser justificada diante da coletividade. Pense-se, por exemplo, em delitos como homicídio praticado mediante pago ou promessa de recompensa, o estupro de vulnerável ou a tortura. Em crimes de tal gravidade, não seria possível explicar aos cidadãos que o Estado permitirá um acordo com o acusado, cuja finalidade é tornar a justiça criminal mais célere e eficiente. Que a importância do ilícito é uma razão para limitações a certos institutos penais que favorecem o réu, é demonstrado pelo próprio texto constitucional, o qual estabelece

de acordo com Rodrigo Cabral, em que é possível realizar eleições de prioridades, de forma inteligente, levando para julgamento plenário somente aqueles casos mais graves, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática aos que cometeram delitos de média gravidade¹¹⁶.

Tais reflexões são apenas alguns dos exemplos que gravitam em torno das discussões acerca do contexto penal negocial e denotam que é preciso cautela e critérios na operacionalização da negociação no âmbito criminal, de modo a evitar que direitos e garantias indispensáveis ao investigado sejam deixados de lado e, também, obstar o transplante automático e irrefletido de mecanismos negociais do direito alienígena ao ordenamento jurídico pátrio.

Rodrigo Sánchez Rios e Renata Amaral Farias, em análise ao instituto da colaboração premiada, apontam a importância de fomentar o debate em torno do direito premial, pois, pouco adianta menosprezar totalmente a utilização do acordo, porque mais vale aceitar que essa é uma realidade do processo penal brasileiro, discutindo formas de tornar mais justa e clara a sua aplicação prática¹¹⁷.

Ademais, uma aplicação séria e criteriosa de métodos consensuais pode contribuir para que, consoante Daniel de Menezes e Mônica Vasconcelos:

Seja possibilitado um desfecho mais célere do caso através da negociação com a acusação, e, em tese, delegando ao ofendido um papel de maior destaque do

a imprescindibilidade e a impossibilidade de fiança ao racismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição) e a impossibilidade de concessão de graça ou anistia à tortura, ao terrorismo, ao tráfico ilícito de entorpecentes e aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da Constituição)”. [...]. Três razões podem ser elencadas para fundamentar a impossibilidade de se negociar sobre certos crimes: uma axiológica e duas consequencialistas. A *razão axiológica* diz respeito a uma necessidade de proteção estrita pelo direito penal daqueles bens jurídicos considerados de especial importância para a sociedade e de proibições rígidas em relação a condutas particularmente desvalorosas. [...]. As *razões consequencialistas* estão ligadas aos efeitos que negociar sobre certos crimes produziria sobre a população em relação à mensagem das normas de conduta e à credibilidade do direito penal como ordem normativa. [...]. Em segundo lugar, a finalidade de conferir efetividade e eficiência à justiça penal pode ser uma justificativa aceitável em geral para os acordos, mas não parece um argumento convincente para permitir que o Estado negocie crimes especialmente graves [...]. Portanto, proponho que sejam excluídos da possibilidade de negociação os crimes, cumulativamente, (1) dolosos, (2) contra a vida, a integridade física ou a liberdade/dignidade sexual, ou cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, e (3) puníveis com pena de reclusão.” DE LORENZI, 2020, p. 279-286.

¹¹⁶ CABRAL, 2021, p. 17.

¹¹⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; FARIA, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 26, v. 148, p. 319-347, out. 2020, p. 343.

que o vislumbrado ao processo tradicional, oportunizando que tenha voz ativa sobre os rumos da solução do caso, a fim de que seja possível, através do diálogo com o ofensor, construir um cenário favorável de restauração do convívio social abalado com a prática do delito.¹¹⁸

Dessa maneira, nota-se, ainda que de forma concisa, que existem muitas discussões sobre a aplicação e os limites dos acordos no âmbito criminal, os quais demonstram que, embora possa se considerar determinados benefícios resultantes das negociações – que estão sendo cada vez mais utilizadas – é preciso refletir e debater acerca do espaço negocial criminal no Brasil.

Isso porque, para que o intuito de conferir eficiência e melhor realocação de recursos, concretizando-se ideais econômicos, tal qual com o objetivo de atribuir-se importância à vítima, não gerem a supressão absoluta de direitos e garantias, caracterizando, conseqüentemente, abusos.

À luz disso, torna-se imprescindível, em suma, que os poderes do Ministério Público estejam circunscritos ao texto legal, e, que a defesa e o juiz, a partir de suas respectivas funções, realizem a análise de cada caso sob negociação, a fim de que haja de forma verídica o diálogo em busca de uma solução mais precisa no campo do acordo, respeitando-se os limites legais.

1.4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A partir da contextualização acerca da Justiça Penal Negocial, faz-se basilar abordar o novel instituto negocial do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o acordo de não persecução penal, doravante denominado ANPP. Esse instituto negocial consiste, em apertada síntese, em um negócio jurídico processual¹¹⁹ realizado entre o Ministério

¹¹⁸ MENEZES, Daniel Feitosa; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 27, v. 161, p. 164-185, nov./2019, p. 165.

¹¹⁹ “Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos, e deles decorrem efeitos jurídicos (p. 181). [...] Negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha do regramento - DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC** –

Público e o investigado pela prática de um crime, cuja finalidade centra-se em evitar a instauração de uma ação penal e seus respectivos desdobramentos.

A base embrionária do ANPP, no direito pátrio, é a Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, elaborada pelo Conselho Nacional do Ministério Público¹²⁰, que passou a dispor sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Em seu artigo 18, a Resolução introduziu o “acordo de não persecução penal”, prevendo requisitos e condições para que o órgão ministerial pudesse estabelecer uma negociação com o investigado como forma de evitar o oferecimento da denúncia, sendo que, em janeiro de 2018, certas alterações foram promovidas na redação originária do ANPP pelo Conselho Nacional do Ministério Público, isso por meio da Resolução nº 183 de 24 de janeiro de 2018.

Ocorre que a previsão de um mecanismo negocial de tamanha relevância, por meio de uma Resolução, gerou inúmeras críticas. Pois, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, compete de forma privativa à União a legislação sobre o Direito Penal e Processual Penal.

À vista disso, as ações diretas de inconstitucionalidade, de nº 5790¹²¹ e 5793¹²², foram propostas, nas quais abordaram-se diversos aspectos, a saber, que o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF/88) havia sido extrapolado, e, que havia ofensa aos princípios da reserva legal e segurança jurídica (art. 5º, da CF/88), bem como a indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF/88), entre outros.

Embora relevantes para as discussões levantadas nas ações citadas, as questões referentes à (in)constitucionalidade do acordo de não persecução penal (no que diz

Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 186. “Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.) **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71.

¹²⁰ A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 instituiu o referido Conselho e estabeleceu sua estrutura e atribuições no artigo 130-A da Constituição Federal de 1988.

¹²¹ A ADI nº 5790 foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

¹²² A ADI nº 5793 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

respeito à previsão em Resolução) ficaram superadas quando a Lei nº 13.964/2019¹²³, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, introduziu o ANPP no artigo 28-A do Código de Processo Penal¹²⁴. Cujas previsões deste instituto estão na linha dos pontos abordados em momento anterior no tocante às justificativas de inserção dos mecanismos negociais no âmbito criminal.

Nesse sentido, Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli discorrem que o ANPP é uma solução alternativa com o fim de proporcionar celeridade na resolução de casos menos graves à margem de uma sentença condenatória¹²⁵. Intenta-se, a partir do instituto sob análise, resolver de forma consensual crimes de média gravidade, de maneira que os recursos da Administração da Justiça Criminal – que são escassos – possam ser realocados para a persecução de crimes mais graves.

Além dessa questão relacionada aos ideais econômicos, pretende-se atingir, também, outras finalidades, por exemplo, como a reparação do dano à vítima. E, ainda, evitar que o investigado fique com antecedentes criminais e seja estigmatizado pela aplicação de uma pena, ou mesmo, pelo simples fato de ter respondido à uma ação penal.

No sentido proposto descrito, mesmo que à primeira vista o ANPP possa gerar determinados benefícios, o instituto precisa ser analisado e aplicado de forma criteriosa, notadamente para que não acabe sendo utilizado apenas como um mero acelerador de resolução de casos penais, ou um meio de descongestionar as pautas do Judiciário.

¹²³ Discute-se sobre a aplicação retroativa do ANPP para ações penais em curso antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. Considerando a natureza mista, penal e processual penal, do artigo 28-A do CPP, há retroatividade, contudo, discute-se até qual momento processual esta retroatividade pode ocorrer, isto é, se até o recebimento da denúncia, se até a prolação de sentença, ou se seria o caso de aplicar-se o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, que dispõe que a lei posterior benéfica se aplica aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Nesse sentido, a ADI nº 1719 fixou o entendimento de que a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos mais favoráveis ao réu, poderiam retroagir. Por outro lado, há posicionamentos de que a finalidade do acordo é evitar a propositura de uma ação penal, por isso, não faria sentido aplicá-lo retroativamente. À vista disso, no AgReg. HC nº 191.464 a 1ª Turma do STF entendeu que o ANPP apenas pode retroagir se a denúncia ainda não tiver sido recebida, nesta linha também há decisões da 6ª e 5ª Turmas do STJ. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.464/SC. Paciente: Mario Cesar Sandri. Impetrante: Nilton João de Macedo Machado. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília-DF, 10 de novembro de 2020. O Ministro Gilmar Mendes afetou ao Plenário o HC 185.913 para decisão acerca da retroatividade, e até o fechamento deste capítulo a questão ainda não havia sido julgada (agosto de 2021). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 185.913/DF. Paciente: Max Willians de Albuquerque. Impetrante: Abel Gomes Cunha. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

¹²⁵ BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 171.

A considerar isso, mostra-se fundamental abordar os principais aspectos acerca das disposições legais do acordo de não persecução penal, previstas no artigo 28-A do CPP. Dessa forma, pontua-se que serão tratados tópicos relevantes para fins de contextualização do instituto, cujas discussões não serão exauridas, uma vez que a análise proposta nesta dissertação diz respeito à exigência da reparação do dano no ANPP.

Inicialmente, destaca-se que a propositura do acordo pelo Ministério Público¹²⁶ apenas poderá ser feita quando não for o caso de arquivamento, pois, se não estiverem presentes os requisitos que autorizem a propositura de uma ação penal, e, se não houver justa causa, não há que se falar em acordo; e, sim, no arquivamento do procedimento investigatório (art. 28-A, *caput*).

Superada tal questão, o dispositivo legal exige que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, o que configura um dos pontos mais polêmicos do instituto¹²⁷. Pois, apenas a título de exemplo, por um lado, argumenta-

¹²⁶ Acerca da propositura do ANPP em crimes de ação penal privada, cumpre abordar, inicialmente, como tem ocorrido nos casos de transação penal e suspensão condicional do processo: Renato Brasileiro aponta que na hipótese de ação penal privada, recai sobre o querelante a legitimidade para oferecimento da proposta de transação, de modo que na fase preliminar, deve o magistrado questionar o ofendido ou seu representante legal acerca do oferecimento da proposta. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 419. Por outro lado, em posicionamento crítico, Geraldo Prado entende que, “mesmo o atual movimento de recuperação de um determinado status penal-processual da vítima, não tem o significado de atribuir a ela o poder de dizer de que forma (prestação de serviço à comunidade, multa?) e em que medida (por três meses, cem dias-multa?) deve o agente ser responsabilizado penalmente”. PRADO, Geraldo. **Transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 168-170. No entanto, o STJ tem se posicionado no sentido de que é possível a transação penal nos crimes de ação penal privada, conforme decidido no HC nº 31527/SP, “o benefício previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, mediante a aplicação da analogia *in bonam partem*, prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal, é cabível também nos casos de crimes apurados através de ação penal privada”. Assim, seguindo esta linha, é possível que seja admitida a propositura do ANPP em crimes cuja persecução dependa de ação penal privada. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 31527/SP**. Paciente: Eduardo Batista. Impetrante: Miguel Pereira Neto. Coator: Nona Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo Gallotii. Brasília-DF, 1º de março de 2005.

¹²⁷ Por um lado, defende-se 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, no confitente, um novo *mindset* com efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que para corrigir um erro é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato. [...] a confissão obtida para a celebração do ANPP não enseja assunção de culpa, e por isso não pode ensejar julgamento antecipado do caso.” Ó SOUZA, Renne; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 177-178. Rodrigo Cabral entende que a primeira função da confissão é a de que – em sendo ela crível e detalhada – apresenta ao Ministério Público fundamentos robustos no sentido de que – ao celebrar-se o acordo – não se está a praticar uma injustiça contra um inocente. Essa confissão

se que a confissão é uma espécie de contrapartida para que o acordo ocorra. Isto é, o investigado recebe benefícios, contudo, para além de outras medidas, ele necessita confessar de modo a responsabilizar-se pelo seu ato.

De outro modo, aduz-se que a exigência da confissão apenas representa um ideal punitivista, sem relevância para a situação concreta, ferindo, ainda, o direito ao silêncio e de não produção de provas contra si¹²⁸, além de outros argumentos. Embora de grande relevância a discussão que está sendo estabelecida sobre a constitucionalidade da exigência da confissão, essa continua sendo um requisito para o acordo (art. 28-A, *caput*).

Exige-se, também, que o crime sob investigação não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, e que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Porquanto, o §1º do artigo 28-A dispõe que para aferição da pena mínima considerar-se-ão as causas quanto ao aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto¹²⁹.

reforça a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo. Pontua, ainda, uma segunda função que é fornecer ao Ministério Público – em caso de descumprimento do acordo – um importante elemento de vantagem processual. CABRAL, 2021, p. 125. De outro modo: “A confissão, na verdade, tornou-se moeda de troca! Veja-se que não se trata de requisito para a oferta da transação, no âmbito dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais [...]. No acordo, por sua vez, se o agente quiser rir, terá que fazer rir . [...] ainda que não se valha diretamente do respectivo elemento pré-processual, o que se confessou será suficiente para servir como meio de novas fontes de prova para a futura ação penal.” BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 199-200. Acrescente-se que, Leo Ribeiro e Victor Costa, apontam que quando o investigado decide se irá confessar ou se escolherá ser submetido à instrução processual, há diversos fatores que podem ser considerados influências indevidas na forma como será feita essa decisão, tal qual, por exemplo, a influência que advém da própria existência do inquérito e do processo penal, tendo em vista a publicização midiática que se potencializa na jurisdição penal. RIBEIRO, Leo Maciel; COSTA, Victor Cezar Rodrigues. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 27, v. 161, p. 247-276, nov. 2019, p. 262-263.

¹²⁸ Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]. CF/88. Art. 186 [...] Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (CPP). O “direito de não produzir provas contra si” é decorrente dos artigos supracitados na nota anterior, tal qual do artigo 8º, item g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Contudo, importante destacar, de acordo com Rodrigo Sánchez Rios e Renata Amaral Farias, no que se refere a colaboração premiada, mas cuja reflexão é importante apontar, ao decidir entabular o acordo com o Ministério Público em troca de algum benefício legal, o investigado escolhe abdicar dessa prerrogativa contra a não autoincriminação. Por certo, ela deve ser sempre observada pelos agentes da persecução penal; todavia, o compromisso de falar a verdade por parte do colaborador se contrapõe a apenas uma das faces desse direito fundamental, que pode sim ser mitigado em nome da obtenção de benefícios – aqui não se fala em total inobservância, mas sim em abrandamento, com o intuito de conseguir uma pena menor ou até mesmo o perdão judicial. Recorde-se que o próprio ordenamento prevê a redução de pena para o réu confesso – RIOS; FARIA, 2020, p. 330.

¹²⁹ Sobre este ponto, há divergências. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, entende que se deve aplicar a menor diminuição e o máximo aumento, assim, se a diminuição é de 1/3 a 2/3, deve-se usar a menor,

Ademais, consta no *caput* do referido artigo que, se observados tais requisitos, o Ministério Público poderá propor o acordo, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime¹³⁰. Neste ponto, também existem divergências, uma vez que se indaga a situação condicionante do ANPP, isto é, se o ANPP seria um direito subjetivo do investigado ou uma opção do órgão ministerial, o que tem dividido posicionamentos¹³¹, embora, já se possa identificar uma tendência de que o ANPP não seja reconhecido como direito subjetivo, vez que este é o posicionamento em relação à transação penal.

De todo modo, nos termos do §14 do artigo 28-A, do CPP, no caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos para o órgão superior, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal, em outras lexias, poderá recorrer ao próprio Ministério Público.

isto é, 1/3, se a causa de aumento é de 1/6 a 2/3, deve-se usar a maior, qual seja, 2/3. NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 61. Por outro lado, Rogério Sanches Cunha, aduz que presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração, se a causa de aumento varia de 1/6 a 2/3, tem que aplicar o aumento de 1/6; se de diminuição, a fração de 2/3. CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2020, p.129. No mesmo sentido é posicionamento de Rodrigo Cabral: “Desse modo, na incidência das causas de aumento, para estabelecer-se a pena mínima, deve-se operar abstratamente o aumento mínimo previsto na Lei e na hipótese de concorrer uma causa especial de diminuição, deve-se considerar a diminuição máxima prevista em lei. Assim procedendo, chega-se à pena mínima”. CABRAL, 2021, 95.

¹³⁰ Sobre a necessidade e suficiência: Rodrigo Cabral pontua que esse requisito parte de uma perspectiva eminentemente preventiva do Direito Penal, com vistas, principalmente, à concretizar a ideia de que o acordo de não persecução penal consubstancia um equivalente funcional da pena. CABRAL, 2021, p. 99.

¹³¹ De acordo com decisão unânime da 1ª Turma do STF, no julgamento do Ag. Reg. no HC nº 191.124/RO, “as condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do ANPP, entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.124/RO. Paciente: Leri Souza e Silva. Impetrante: Bruno Espineira Lemos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 07 de abril de 2021. Nesta linha, Renato Brasileiro aponta que partindo da premissa de que o ANPP deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar a realização de ofício, o que lhe retirar sua característica mais essencial, qual seja, o consenso. Trata-se de uma discricionariedade regrada do Ministério Público. LIMA, 2020, p. 218. Nesse sentido *vide*: Ó SOUZA; DOWER, 2020, p. 149. Por outro lado, Aury Lopes Júnior, entende tratar-se de direito subjetivo do acusado, se preenchidos os requisitos (p. 221). O imputado postula o reconhecimento de um direito que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 226.

Preenchidos os requisitos previstos no *caput*, o artigo 28-A do CPP passa a tratar, nos incisos de I a V, das condições que devem ser ajustadas, cumulativa e alternativa¹³² no acordo. Isto posto, a primeira condição centra-se na reparação ao dano ou à restituição da coisa para a vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo – considerando que essa condição é o objeto central da presente dissertação, esta será detidamente analisada em momento posterior.

A retomar, no inciso II, exige-se que ocorra a renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime¹³³. Já no inciso III, encontra-se previsto a condição de prestar serviço à comunidade ou às entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juiz da execução.

Em seguida, o inciso IV coloca a condição de pagamento de prestação pecuniária, que será estipulada na forma do artigo 45 do Código Penal. Nesse caso, a entidade pública ou de interesse social, indicada pelo juízo da execução, deverá ter, preferencialmente, a função de proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, ou ainda, cumprir, nos termos do inciso V, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada¹³⁴.

Em seguida, o § 2º passa a abordar as hipóteses em que acordo não poderá ser aplicado. Conforme o inciso I, caso for cabível a transação penal da Lei nº 9.099/95, não será o caso de ANPP. Ainda conforme descrito no § 2º, no caso de reincidência ou de os elementos probatórios indicarem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional

¹³² “Na verdade, a melhor interpretação, nos parece, consiste precisamente em afirmar que as condições previstas nos incisos I, II e III são sempre necessárias e cumulativas. Além dessas três condições, deve ser incluída uma das duas condições previstas no inciso IV e V. É dizer, essas duas condições seriam alternativas”. CABRAL, 2021, p. 147.

¹³³ De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “renunciar voluntariamente (livre de qualquer espécie de coação), não sendo necessária a espontaneidade (arrependimento) [...]. Neste ponto, pode haver discordância, caso o MP insista em instrumentos de uso lícito, embora usados para o delito, ou indique produto ou proveito não relacionado à infração”. NUCCI, 2020, p. 61.

¹³⁴ Para Guilherme de Souza Nucci esta cláusula é abusiva, pois integralmente aberta – Ibidem, p. 61. Por outro lado, Rogério Sanches Cunha menciona que a liberdade de negociar implica em relativa liberdade de conteúdo do acordo, que não pode ser igualada a um contrato de adesão, nem tampouco são permitidas condições que produzam violações a direitos fundamentais ou desproteção do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada no caso. CUNHA, 2020, p. 133.

¹³⁵ – com exceção se insignificantes penais pretéritas – também não será o caso de ANPP (Art. 28-A, §2º, inciso II, CPP)¹³⁶. Outra hipótese que obsta o acordo refere-se ao fato de o agente ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (inciso III)¹³⁷, e, nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica/familiar, ou mesmo, contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (inciso IV).

Observadas tais questões e, se nenhuma das hipóteses impeditivas estiver presente, será possível pactuar o ANPP. Quanto à formalização do acordo, o §3º dispõe que será por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Após, será realizada uma audiência, conforme disposto no §4º, para que o juiz verifique a voluntariedade, por meio da oitiva do investigado e na presença de seu defensor, bem como para atestar a legalidade do acordo com a finalidade de homologá-lo.

Nesta situação contextual, cabe salientar, mesmo brevemente, que a previsão de uma audiência específica para a avaliação do ANPP, faz surgir a questão sobre a possibilidade ou não de firmá-lo em audiência de custódia. Leonardo Schmitt de Bem alerta que, ainda que nas primeiras 24 horas após o fato, sejam realizadas algumas diligências, nem tudo se oficializa ou se concretiza, daí a prudência de aguardar, no mínimo, a conclusão da instrução preliminar para oferta do acordo, para se concluir da

¹³⁵ Rodrigo Cabral explica que por habitual entende-se a prática constante e costumeira de ilícitos, não bastando um único crime anterior, devendo, portanto, essa prática criminosa fazer parte da forma de vida do agente – ainda que não necessariamente há longo período de tempo; por reiterada entende-se aquela repetida, cometida mais de uma vez – aqui é suficiente uma única prática criminosa anterior – veja-se que não se exige um número mínimo de infrações anteriores, e profissional quando o agente comete o delito de forma organizada e aperfeiçoada – aqui não interessa o número de infrações praticadas, mas a forma profissional com que ela é cometida. CABRAL, 2021, p. 119.

¹³⁶ Guilherme de Souza Nucci menciona que “em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o fator impeditivo da reincidência somente deve dar-se em crime doloso, não envolvendo delito culposo. Em segundo, apesar de primário, o investigado pode ter maus antecedentes. Entretanto, a norma não aponta a simples pontuação em maus antecedentes; [...]. Noutros termos, a simples verificação de haver maus antecedentes não configura um empecilho para o acordo. Torna-se imperioso que os maus antecedentes indiquem, com clareza, a habitualidade delitiva, a reiterada prática de crimes ou o profissionalismo do agente. Nem sempre quem tem antecedentes preenche os três fatores”. NUCCI, 2020, p. 62.

¹³⁷ Segundo Guilherme de Souza Nucci: “Se o autor do delito foi beneficiado pelo ANPP, é razoável que não se beneficie novamente. Porém, se foi aquinhado com a transação penal (infração de menor potencial ofensivo) não vê óbice ao acordo, pois o disposto no inciso II do §2º, ignora-se a reincidência ou reiteração de infrações penais pretéritas insignificantes. Quanto à suspensão condicional do processo, entende que o impedimento é válido, pois não se cuida de infração de menor potencial ofensivo”. *Ibidem*, p. 63.

certeza da justa causa e sobre a correta infração a ser imputada, pois quanto mais completa a investigação preliminar, maior será a segurança jurídica do próprio investigado¹³⁸.

No entanto, a Resolução nº 357¹³⁹ de 26 de novembro de 2020 do Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁰, dispõe ser possível a propositura do ANPP na audiência de custódia. Veja-se, por exemplo, que este é um dos pontos que demonstra o embate entre a celeridade, e uma finalidade econômica de evitar o dispêndio de recursos, já que haveria a possibilidade do acordo nesse momento inicial, e, por outro lado, de garantir ao investigado segurança em relação aos elementos necessários para firmar o acordo.

Ainda no que diz respeito à audiência de homologação do ANPP, caso o juiz considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições, devolverá os autos ao Ministério Público para que a proposta possa ser reformulada, com concordância do investigado e de seu defensor (§5º). Dessa forma, realizada a homologação, o juiz devolverá os autos ao órgão ministerial, que iniciará a execução do acordo perante o juízo da execução penal (§6º).

Caso a proposta não atenda aos requisitos legais ou se não for realizada a adequação prevista no §5º do artigo 28-A, o juiz poderá recusar a homologação (§7º). E, se recusada, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (§8º)¹⁴¹. Sobre este ponto, é válido mencionar, consoante Rodrigo Cabral, que é de se criticar que seja aberta a possibilidade de novas investigações, já que o acordo somente é cabível quando a investigação já esteja madura para o oferecimento da denúncia, isto é, quando não houver necessidade de complementação das investigações¹⁴².

¹³⁸ BEM; MARTINELLI, 2020, p. 174.

¹³⁹ Alterou o artigo 19 da Resolução nº 329/2020.

¹⁴⁰ Resolução vigente até o fechamento deste capítulo – agosto de 2021.

¹⁴¹ Caso o juiz considere a proposta inadequada, mas o Ministério Público entenda que não é o caso de fazer a adequação sugerida, poderá apresentar recurso em sentido estrito ao Tribunal, nos termos do artigo 581, inciso XXV, do CPP. Rogério Sanches Cunha é crítico dessa possibilidade, segundo ele, de acordo com a Res. 181/17 do CNMP tratando-se de divergência envolvendo o juiz e o titular da ação penal, este único responsável pela implementação da política criminal adotada pela instituição ministerial, a solução deve ser dada pelo órgão superior do Ministério Público (PGJ, nos estados, Câmara, no âmbito da União). A arquitetura da possibilidade do recurso em sentido estrito, viola, para Cunha, não somente o sistema acusatório, mas a independência do Ministério Público. CUNHA, Rogério Sanches, 2020, p. 137.

¹⁴² CABRAL, 2021, p. 67.

Nos termos do §9º, a vítima deverá ser intimada acerca da homologação do acordo, bem como de seu descumprimento. Nesse sentido, consoante Aury Lopes Júnior, mesmo que a vítima não possa obstar o acordo, nada impede que sua presença nesse momento seja importante para melhor definição das condições a serem cumpridas, especialmente da reparação do dano¹⁴³. Acrescente-se, ainda, que a presença da vítima estaria em consonância com a atribuição de uma posição mais relevante para ser ocupada, por ela, na resolução da questão criminal.

Homologado o acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§10)¹⁴⁴, caso haja descumprimento de quaisquer das condições estipuladas. Ademais, nos termos do §11, o descumprimento pelo investigado poderá ser utilizado pelo órgão ministerial como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Por fim, conforme previsto no §12, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão na certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º do artigo 28-A, isto é, para a análise da propositura de um novo acordo. Caso o ANPP seja cumprido integralmente, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade.

Tecidas tais considerações, percebe-se que o ANPP reafirma certos ideais da Justiça Penal Negocial abordados anteriormente, pois tem em sua base fins econômicos no tocante à escassez de recursos e uma pretensão de realocação mais eficiente diante dos problemas enfrentados pela Administração da Justiça. Além disso, o acordo também prevê a necessidade de reparação do dano, o que caminha ao encontro da importância que deve ser atribuída à vítima no âmbito criminal. Por fim, pontua-se que o instituto reflete, sim, a ideia de expansão dos espaços de negociação no cenário criminal, por exemplo, com o requisito de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, dentre outras exigências, logo, abarcando a maioria dos tipos penais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 225.

¹⁴⁴ Rogério Sanches Cunha aponta que antes de decidir, obviamente, o compromissário deve ser chamado e ouvido, garantindo-se o contraditório e ampla defesa. Apenas do descumprimento injustificado gera a rescisão. O jurista também defende parecer possível a realização de novação no ANPP, operação jurídica típica do direito das obrigações, criando nova obrigação, substituindo e extinguindo a anterior e originária, o que pode evitar a rescisão, o que dependerá de homologação judicial. CUNHA, Rogério Sanches, 2020, p. 138-139.

Ressalta-se que, embora tenha-se o espaço para negociação, é preciso muita prudência na aplicação do ANPP, bem como nos demais institutos negociais, para que ocorra uma negociação em sua forma efetiva entre o Ministério Público, o investigado e sua defesa, a qual exerce papel essencial no sentido de verificar se os direitos e garantias estão sendo observados.

Portanto, espera-se que a solução possa ser atingida através de diálogo e consenso durante a formulação e negociação da proposta. Além disso, o juiz também tem função importante para assegurar que o acordo obedeça aos limites e critérios legais. Pontua-se, finalmente, que por ser o ANPP recente no ordenamento jurídico brasileiro, há muito a ser refletido e debatido sobre sua previsão e aplicação, a fim de que possa ser operacionalizado de acordo com os limites e parâmetros legais.

2 REPARAÇÃO DO DANO

Conforme já abordado, a escassez de recursos e a atribuição de maior importância à vítima estão na base da inserção de mecanismos negociais na área criminal e de sua expansão cada vez mais evidente. Como consequência desse cenário, tem-se a reparação do dano decorrente da prática de um crime como tema de debate necessário¹⁴⁵, pois, consoante M. Carmen Alastuey Dobón, diante de uma tendência de política criminal que visa uma contenção das penas tradicionais, sobretudo, a privativa de liberdade – cuja legitimidade para cumprir os fins aos quais se destina é questionada – e o objetivo de que a vítima do crime não seja mais esquecida pelo Direito Penal processual e material cresce o interesse em potencializar a ideia de reparação penal¹⁴⁶.

Neste contexto, evidencia-se a possibilidade de que os mecanismos negociais possam tornar viável a reparação do dano à vítima de forma mais eficiente, com possíveis benefícios à esta, ao acusado e, também, à Administração da Justiça.

Ocorre que, considerando a concepção reparatória como própria do direito privado, pois, como pontua M. Carmen Alastuey Dobón, trata-se de um instituto que procede do Direito Civil de danos¹⁴⁷, e, diretamente relacionada às questões econômicas, sua aplicação na área criminal é divergente, fazendo surgir debates sobre qual seria o papel da reparação no contexto penal¹⁴⁸.

Nesta linha teórica, ainda que o tema não seja pacífico, o acordo de não persecução penal, conforme artigo 28-A, inciso I do Código de Processo Penal, reafirma a tendência

¹⁴⁵ “[...]. Também por isso, por significar uma importante conquista política criminal, o tema da reparação do dano se insere no âmbito dos estudos das vantagens e inconvenientes econômicos, sociais, político criminais e técnico jurídicos que devem ser considerados ao se refletir a respeito das diferentes formas de reação, frente ao delito, diversas da pena privativa de liberdade de modo que, se se pretender dotá-la da máxima eficácia esperada, nenhum destes prismas poderá ser ignorado.” MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. **Eficiência e direito penal: uma análise crítica do instituto da reparação do dano no sistema de consequências do delito.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018, p. 21.

¹⁴⁶ ALASTUEY DOBÓN, 2000, p. 27-28.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 23.

¹⁴⁸ Segundo José Daniel Cesano, a incorporação da reparação do dano dentro do marco da solução do conflito (autor-vítima) derivado do delito, assume na legislação estrangeira, em perspectiva juscomparativa, diversas formas e modalidades. CESANO, José Daniel. Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento em el código penal argentino. *In: Nuevas formulaciones en las ciencias penales* – homenaje a Claus Roxin. Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, p. 497- 531, p. 499.

reparatória no contexto criminal ao inserir a reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo, como uma condição à realização do acordo. Dessa forma, mostra-se basilar compreender o instituto reparatório, notada em seu berço correspondente ao direito privado, tal qual as circunstâncias de sua aplicação na seara criminal e, especificamente, no acordo de não persecução penal, a fim de verificar se coaduna com o âmbito criminal.

2.1 NOTAS CONTEXTUAIS ACERCA DA REPARAÇÃO DO DANO

Na presente seção, tratar-se-á das noções essenciais acerca da reparação do dano, tema que gera muitas discussões no âmbito criminal, pois, indaga-se, por exemplo, que se constituiria um novo modelo de justiça voltado às necessidades da vítima; se estaria ligada ao abolicionismo penal; e, se, por outro lado, não deveria ser compatibilizada com o contexto penal; entre outros pontos que não serão amplamente debatidos por conta da delimitação da proposta¹⁴⁹. Sendo assim, antes de adentrar no papel da reparação na seara penal, faz-se necessário tecer considerações gerais sobre tal instituto no âmbito do direito privado, que é sua matriz.

Inicialmente e para fins de contextualização, pontua-se que, segundo Harm Westermann, o direito de dano determina o conteúdo e a amplitude de uma pretensão de ressarcimento quando precedeu uma lesão de um bem jurídico¹⁵⁰. E, seguindo, de acordo com José de Aguiar Dias, direito de dano é o modo de satisfazer, para cada membro da sociedade, sua aspiração de segurança, comprometida e ameaçada pela vida moderna¹⁵¹.

Tem-se, portanto, na reparação do dano, não apenas uma resposta ao mal causado, tal como era em sua base embrionária, porque, consoante Pontes de Miranda, o ressarcimento prende-se à origem do homem como reação ao mal¹⁵²¹⁵³, de modo que cabia à vítima e seus familiares o direito de vingar-se do dano sofrido.

¹⁴⁹ Sobre tais discussões *vide*: MACHADO, 2018.

¹⁵⁰ WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão**: Direito das obrigações. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983, p.126.

¹⁵¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 28.

¹⁵² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 177.

¹⁵³ Segundo Félix Represas e Marcelo Mesa, quem se sentia prejudicado em seus bens e direitos ou de seus familiares, devolvia o mal recebido causando um dano, o grande problema desta forma rudimentar de punição era que a força era o único limite da determinação do ofendido de lavar a afronta. TRIGO

Tal vingança, segundo Félix Represas e Marcelo Mesa, constituía a maneira pela qual buscava-se alcançar, ao mesmo tempo, dois objetivos, a saber: a reparação do dano através da expiação da dor e a sanção a quem o provocou¹⁵⁴.

Por outro lado, já sob a visão do direito contemporâneo¹⁵⁵, Pontes de Miranda indica que o fundamento do instituto está no princípio de que o dano sofrido tem de ser reparado. E, ainda conforme o mesmo autor, se possível, a técnica legislativa, partindo da causalidade, há de dizer qual o critério, na espécie, para se apontar o responsável de maneira que a restituibilidade funcione como o objetivo, afastando-se qualquer antigo elemento de vingança¹⁵⁶.

Nesse contexto, conforme Félix Represas e Marcelo Mesa, para a tarefa mencionada, incumbiu-se o direito privado, passando a reparação a ser instituto próprio do Direito Civil, uma vez que a partir de uma gradual e progressiva dissociação da responsabilidade civil em relação à penal, que inicialmente se confundiam, os poderes públicos passaram a sancionar os autores de certos prejuízos que – não obstante, afetassem interesses particulares – colocavam em perigo especialmente a ordem social¹⁵⁷. O Estado assumiu a função de punir, e quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização¹⁵⁸.

Dessa maneira, o Direito Civil deixou gradualmente de contemplar fins repressivos e passou a perseguir somente fins reparatórios, com isso, a vítima de um ato ilícito podia obter do ofensor uma reparação pecuniária (ação privada) e, simultaneamente, a autoridade pública poderia aplicar uma pena (ação pública). Destarte, com a aparição do Estado, passou-se a perseguir dois fins distintos: a reparação dos delitos

REPRESAS, Félix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J. **Tratado de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 19.

¹⁵⁴ TRIGO REPRESAS; LÓPEZ MESA, loc. cit.

¹⁵⁵ De acordo com José de Aguiar Dias, após a vingança privada, a Lei do Talião, ainda que possa parecer paradoxal, introduziu a ideia de equiparação e proporcionalidade entre o dano e a vingança. Outro passo para superar a vingança privada foi por meio de um perdão ao causador do dano, caso este entregasse à vítima um bem para ressarcir-la, que funcionaria ao mesmo tempo como reparação e punição patrimonial ao responsável pelo dano, sucedendo-se, portanto, a ideia de composição. Seguidamente, o Estado passa a fixar a composição e também a punir, resultando a cisão dos delitos em públicos e privados, aqueles eram reprimidos pela autoridade, e nestes intervinha para fixar a composição e evitar conflitos. DIAS, 1973, p. 29-33.

¹⁵⁶ MIRANDA, 2012, p. 274.

¹⁵⁷ TRIGO; LÓPEZ, op. cit., p. 22.

¹⁵⁸ DIAS, 1973, p. 33.

de modo aplicar uma sanção ao ofensor em interesse da comunidade (responsabilidade penal), e a reparação dos danos sofridos pela vítima através de uma indenização a seu favor (responsabilidade ressarcitória)¹⁵⁹.

À vista disso, dissociadas, portanto, a responsabilidade penal e a civil, coube a esta cuidar da reparação do dano. E, especificamente, no Direito Civil brasileiro, de acordo com Sergio Cavalieri Filho, o Código Civil no artigo 927, categoriza o dever de indenizar como uma obrigação, sendo que a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar¹⁶⁰.

Tal matéria é de grande complexidade no direito privado e envolve diversas discussões, a começar, por exemplo, pelas categorias de dano. Yussef Said Cahali aponta que é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, e os extrapatrimoniais ou morais de outro; respectivamente. Assim sendo, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico e o sofrimento psíquico ou moral, bem como as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido¹⁶¹.

Ocorre que nem sempre a constatação de tais danos é tarefa simples¹⁶², tal como pode não ser a verificação do *quantum* ressarcitório¹⁶³ (especialmente quando se trata de dano coletivo). O fato de a reparação estar além de uma mera retribuição do mal causado,

¹⁵⁹ TRIGO REPRESAS; LÓPEZ MESA, 2004, p. 22.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

¹⁶¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21

¹⁶² Enquanto os danos patrimoniais têm sua valoração homogênea – todos derivam de lesão a interesse tutelado que causa prejuízo material economicamente aferível – os danos morais não possuem tal característica. Cada caso é um caso, cada dano é um dano, sua valoração será heterogênea. Por mais que a doutrina e jurisprudência se esforcem, parece ser inalcançável a fixação de critérios objetivos para uma quantificação que corresponda à total extensão do dano moral sofrido pela vítima. MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 26, abr./jun. 2006, p. 117.

¹⁶³ Rosa Maria de Andrade Nery, menciona que o ideal é que o dano seja especificamente reparado e que o obrigado pela indenização tenha condições de recompor o patrimônio da vítima, recuperando seu estado anterior. Se isso não é possível, o sistema maneja critérios para fixação de um *quantum* capaz de promover a desejada recuperação. Se o dano tem uma valoração argentária imediata, a quantificação do valor da indenização se simplifica. Se a reparação não pode ser feita especificamente e o dano contém aspectos de difícil quantificação argentária, a fixação do valor varia a partir dos mais curiosos critérios, que são, às vezes, de busca de um valor pecuniário para a reparação ideal; ou de cominações de condutas positivas ou negativas daquele a quem se imputou a obrigação de reparar a ofensa sofrida ou o prejuízo causado. Na falta de melhor critério, a indenização do dano encontra vertente equilibrada no *quantum* que alguém, em seu contexto de necessidade, almeja ganhar para compensar o que perdeu com o que outrem, no contexto de sua possibilidade, pode pagar para repor o patrimônio lesado do outro. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 6, p. 11-21, jan./mar. 2005, p. 18-19.

podendo abranger diferentes aspectos da lesão decorrente do ilícito, também, denota a complexidade do tema.

Além disso, Félix Represas e Marcelo Mesa pontuam que existem problemas os quais envolvem a reparação do dano por meio da responsabilidade civil, como a demora excessiva no processo, fazendo com que, em muitos casos, a vítima receba uma indenização que não é mais adequada à sua situação, ou que chegou tarde demais após sofrimentos desnecessários. Para título de outros exemplos ocorrem: as inadequações do sistema para solucionar danos coletivos; altos custos gerados pela intervenção de advogados, peritos, juízes, custos dos tribunais; a saturação do sistema judiciário, entre outros.¹⁶⁴.

Outrossim, o próprio termo ‘responsabilidade civil’ é passível de análises e discussões, pois, de acordo com Félix Represas e Marcelo Mesa, o vocábulo /responsabilidade/ implica, em geral, acentuar-se o responsável, enfatizando a pessoa do agressor ao invés de atribuir-se a importância à vítima, e, sugerindo o que seria apropriado referir-se como reparação de danos¹⁶⁵.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias menciona que a responsabilidade civil tem conteúdo muito maior do que o revelado pela simples expressão terminológica, significando a obrigação de: restabelecer, natural ou subsidiariamente o equilíbrio rompido¹⁶⁶, o que mais uma vez revela o fato de a reparação não ser uma simples retribuição do mal causado.

Destarte, com base em tais pontos exemplificativos, verifica-se que a reparação do dano, que em decorrência da separação entre Direito Civil e Direito Penal tornou-se matéria própria do direito privado, pode envolver diversas discussões as quais revelam a sua complexidade, inclusive em sua matriz cível. E demonstram que sua aplicação em outro ramo jurídico requer análise criteriosa, especialmente, no que diz respeito à sua aplicação na esfera penal.

Contudo, ainda, a utilização de fins reparatórios não pode ser de pronto descartada no âmbito penal, pois, não estão as esferas cível e penal situadas em ilhas isoladas, de

¹⁶⁴ TRIGO REPRESAS; LÓPEZ MESA, 2004, p. 34.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 57.

¹⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1976, p. 15.

modo que, em certos momentos e em alguma medida, comunicam e compartilham determinados institutos. Em consequência, se antes o Direito Penal passou a sancionar a prática de condutas que ofendessem a coletividade, e, o Direito Civil a reparar o dano individual de modo a dissociar-se de tais finalidades, tem-se, hoje, espaços de intersecção.

À vista disso, a reparação do dano não se volta a atender a satisfação exclusiva de um direito subjetivo – tal como pensado inicialmente –, mas também da própria sociedade¹⁶⁷; e tem-se, por outro lado, no Direito Penal uma preocupação com a vítima em sua individualidade no que diz respeito ao fato de lhe proporcionar a reparação quanto ao dano sofrido.

Nesta linha de intersecções, pensando a reparação do dano em uma perspectiva mais ampla, dilatando a visão para além dos indivíduos envolvidos na relação específica, há discussões, por exemplo, acerca da possibilidade de atribuição de um caráter punitivo à reparação, ao lado do caráter ressarcitório/compensatório. Ao mesmo tempo, discute-se, igualmente, a presença do ressarcimento/compensação no âmbito criminal.

Sobre isso, segundo Nelson Rosenvald,

De fato, as extremas se flexibilizam. O direito civil pune e o direito penal acolhe em seus domínios – lateralmente às tradicionais sanções da pena e medida de segurança – a reparação do dano, como um terzo binário (terceiro trilho), evidenciando, em um exercício de humildade, que a sua função não é basicamente a de prevenir e punir, mas a de servir como instrumento aos objetivos do ordenamento jurídico.¹⁶⁸

Dessa forma, a constatação de que a responsabilidade penal não se preocupa com o dano aos particulares, tendo em vista apenas o dano social contra o qual reage¹⁶⁹, não é absoluta porque tem o Direito Penal se atentado, também, à reparação do dano às vítimas

¹⁶⁷ MELO, 2006, 114.

¹⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁶⁹ DIAS, 1973, p. 13.

de crimes. Tal qual se debate acerca da atribuição de um caráter punitivo à reparação do dano civil¹⁷⁰, como os *punitive damages* no *common law*¹⁷¹.

Contudo, os transplantes de institutos de um ramo jurídico ao outro, ainda que sejam possíveis e em certos casos necessários, devem ser feitos sob bases criteriosas. Destarte, pensar e aplicar a reparação do dano no âmbito criminal requer prudência, verificando-se a compatibilidade do instituto reparatório com o que se pretende junto do Direito Penal e o Processo Penal.

Da mesma forma, cogitar-se a atribuição de um caráter punitivo à responsabilidade civil demanda reflexões sobre: se seria necessário atribuir as mesmas garantias e princípios que pautam a aplicação de uma sanção penal, bem como o princípio da legalidade¹⁷²; ou a quem seria atribuído¹⁷³ o ressarcimento advindo do caráter

¹⁷⁰ “Discute-se a atribuição de um caráter punitivo à reparação do dano no âmbito privado, de modo a não apenas atenuar o sofrimento injusto, mas também fazer com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento, servindo esta punição como exemplo para toda a sociedade”. MELO, op. cit., p. 120. Também nesta linha: “[...] a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio lesante.” BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233.

¹⁷¹ Segundo Rosenvald os *punitive damages* – modelo jurídico celebrado nos EUA - não se restringirá a atender interesses particulares da vítima, pois a finalidade primária da pena civil é preventiva dissuasiva, objetivando tutelar o interesse geral de evitar que o potencial ofensor pratique qualquer comportamento de perigo social. Ademais, a vítima não poderá se apropriar da totalidade da pena civil, sendo que uma parte do montante será destinada ao Estado ou a instituições assistenciais (p. 44-45). Pontua, ainda, que são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária, assim, a finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. ROSENVALD, 2013, p. 44-45, 143.

¹⁷² “O principal argumento que costuma ser invocado contra a função punitiva é a incompatibilidade de fixação a posteriori com o preceito do art. 5º, XXXIX, da CF/88, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/88 e do art. 944, caput, do CC/2002). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 35, p. 77-96, 2008, p. 88. Nelson Rosenvald defende a subordinação da pena civil ao princípio da reserva legal, pelo qual a lei antecipe no preceito secundário a ameaça de uma pena e, no preceito primário, descreva com precisão os seus contornos. ROSENVALD, 2013, p. 53. Flávia Portella Püschel também aponta a questão das garantias de defesa dadas ao réu, pois estando sujeito a uma condenação a título punitivo, é preciso verificar se as garantias oferecidas pelo Direito Civil são suficientes, ou se seria necessário adotar um maior rigor, a exemplo do Direito Penal. PÜSCHEL, Flavia Portella. Função Punitiva da responsabilidade civil. **Revista FGV**, São Paulo, v. 21, p. 17-36, jul./dez. 2007, p. 5-6.

¹⁷³ Rosenvald entende que não condiz com a pena civil a destinação de todos os valores punitivos ao particular, quando a condenação se justificou na perpetração de um ilícito de caráter difuso, devendo haver o fracionamento da condenação entre Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes e a o agente, o que permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima. ROSENVALD, 2013, p. 198.

punitivo¹⁷⁴, entre outras questões. Portanto, verifica-se que em algum momento e em certo grau, os institutos próprios de cada ramo do Direito relacionam-se e produzem reflexos em áreas que não aquelas para os quais foram criados.

Nesse sentido, a título de exemplo, segundo Julio B. Maier, o Direito Processual Penal e o Direito Civil têm vínculos próximos e manifestos, já que aquele possui normas que visam a efetivação do Direito Civil no que diz respeito à regulamentação da reparação do dano decorrente da prática de um crime. Dessa forma, em certa medida, o Direito Processual Penal tem por finalidade (acessória e secundária) a realização do direito civil *ex delicto*, mesmo quando a reparação *ex delicto* é buscada através do processo civil, separadamente do processo penal, já que a sentença penal influi na decisão civil acerca da reparação¹⁷⁵. Isso demonstra, portanto, a integração entre os ramos e a existência de um sistema jurídico que se interliga, e, ainda, que se conecta de diferentes formas, o que, consoante Roxin, corresponde à função comum de resolver de forma cuidadosa e pacífica os conflitos sociais¹⁷⁶.

Ocorre que, como sabido, essa relação interativa não é simples, e os institutos não podem ser transplantados e aplicados de forma automática, pois a operacionalização desse transplante demanda análises e críticas para que a busca por aprimoramentos ou soluções mais eficientes – através da aplicação de institutos de um ramo do Direito para outro – realizem-se intentadas à luz das disposições, dos limites legais e constitucionais que delimitam cada área do Direito.

¹⁷⁴ Tauanna Gonçalves Vianna explica que a limitação para atribuição de caráter punitivo à indenização é superada pela criação de uma categoria autônoma de dano, o chamado dano social, entendido como aquele decorrente do ato gravemente culposos ou doloso, cujas consequências são lesivas não apenas ao patrimônio material ou moral da vítima, mas à sociedade como um todo (p. 180). VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização punitiva no Brasil: desafios e configuração. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 15, v. 57, p. 179-199, jan./mar. 2014, p. 179. Já Mariana Pargendler, entende que os *punitive damages* do direito norte-americano não oferecem um modelo jurídico adequado para a jurisprudência brasileira, e que a ausência de previsão legal do instituto no nosso País por si só já desautoriza a sua aplicação pela jurisprudência (p. 880). Apesar disso, pontua que em janeiro de 2014, uma pesquisa jurisprudencial pela expressão “*punitive damages*” no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo apontava para mais de mil acórdãos (p. 860). PARGENDLER, Mariana. Os danos morais e os *punitive damages* no direito norte-americano: caminhos e desvios da jurisprudência brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, a. 3, n. 3, p. 859-880, 2017, p. 880.

¹⁷⁵ MAIER, 2004a, p. 178.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. *In*: ESER, Albin *et al.* **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 131-156, p. 154-155.

Ainda que em algum momento, a reparação do dano tenha deixado de ser aplicada ao mesmo tempo e da mesma forma em que se punia o mal causado pelo crime, passando a ser instituto próprio do direito privado, enquanto ocupava-se o Direito Penal em sancionar o autor do delito, esta separação não foi – e não é – absoluta¹⁷⁷. Pois, como demonstrado, mesmo que cada ramo jurídico cumpra com as finalidades distintas, existem momentos e assuntos os quais estes interrelacionam-se, tendo em vista o ordenamento jurídico em sua completude¹⁷⁸.

Portanto, interações e trocas podem ocorrer, pois, assim como discute-se a atribuição de um caráter punitivo ao ressarcimento do dano no âmbito privado, debate-se, também, sobre inserir e aplicar a reparação do dano no contexto penal. Contudo, tais intersecções precisam ser realizadas respeitando-se as pedras angulares e estruturas de cada área, atendendo-se aos fins em que estão assentes cada ramo do Direito¹⁷⁹¹⁸⁰, e que, por assim dizer, justificam a sua razão de ser.

2.2 A REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO CRIMINAL

Conforme abordado no item 1.2, tem-se constatado a atribuição de maior importância à vítima de um crime, notadamente, por meio da reparação do dano, que, como visto e, segundo Adolf Merkel, visa reparar o mal que o ato criminoso produziu na

¹⁷⁷ Araken de Assis aponta que razão de princípio alguma impede que a incidência múltipla estudada – delito penal e ilícito civil – seja resolvida concomitantemente, pois, somente critérios de competência apartam o juízo cível do penal, e motivos de conveniência duplicam as demandas. ASSIS, Araken. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

¹⁷⁸ [...]. Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Tradução Maria Celeste C. J. Santos, Revisão Técnica Cláudio De Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71.

¹⁷⁹ Roxin pontua que no futuro será necessária uma reaproximação entre o Direito Civil e o Direito Penal. ROXIN, Claus. *Pena y Reparación*. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, p. 5-16, p. 14.

¹⁸⁰ “[...]. No entanto, para que possa se revestir de fins político criminais, jamais poderá estar vinculada unicamente ao aspecto patrimonial do dano, mas antes, com a gravidade da infração valorada sob a perspectiva da danosidade social, extraída a partir de considerações sobre o desvalor da ação e do resultado do agente.” MACHADO, 2018, p. 38-45.

esfera do lesado e que, para tanto, leva em consideração os danos (responsáveis por afetarem os interesses patrimoniais e aqueles de qualquer outra classe¹⁸¹).

Destarte, a fim de demonstrar que a reparação do dano – embora instituto do direito privado – tem encontrado amparo na seara criminal, pontuar-se-ão certas previsões na legislação penal e processual penal acerca da reparação que comprovam a intersecção entre as áreas cível e penal. E, as quais, evidenciam que, ainda que a reparação do dano seja própria do Direito Civil, não é uma novidade na seara criminal, que tem, em alguma medida, buscado priorizar a vítima e proporcionar respostas mais eficientes com o instituto sob análise.

À vista disso, nota-se que a questão da “satisfação do dano¹⁸²” se faz presente no Direito Penal brasileiro há tempos. O Código Criminal de 1830¹⁸³ disciplinava acerca do tema em seu Capítulo IV de modo a determinar que a satisfação do dano decorrente de um delito deveria ser feita sempre da forma mais completa possível. Isso dentre outras previsões, como a de que no caso de o “delinquente”¹⁸⁴ não ter meios para a satisfação, em oito dias, seria condenado a prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação. Nesse sentido, o Código de Processo Criminal de 1832 dispunha, em seu artigo 269, que os jurados deveriam ser questionados acerca da indenização.

Dessa forma, a questão da satisfação do dano decorrente da prática criminal não se discutia na esfera cível, sendo que somente, em 1841, a Lei nº 261, em seu artigo 68, passou a dispor que a indenização em todos os casos seria requerida por meio de ação cível, revogando o artigo 31 do Código Criminal e o §5º do artigo 269 do Código de Processo Criminal. Embora enfatizando que não se poderia questionar a existência do fato e sobre quem fosse o autor, quando as questões já se achassem decididas no âmbito criminal.

O Código Penal de 1890, em seu artigo 69, disciplinava que a condenação criminal tinha como efeito a obrigação de indenizar o dano, que, conforme artigo 70, seria regulada

¹⁸¹ MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Julio César Faria – Editor, 2004, p. 241.

¹⁸² Termo utilizado pelo Código Criminal de 1830.

¹⁸³ A Constituição de 1824, em seu artigo 179 inciso XVIII determinou a organização de um Código Civil e de um Código Criminal, bem como no inciso XIX aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e “todas as mais penas cruéis”.

¹⁸⁴ Termo utilizado pelo Código Criminal de 1830.

segundo o Direito Civil. Tal qual o artigo 91, inciso I, do Código Penal de 1940, atualmente vigente, prevê que a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime é efeito da condenação¹⁸⁵.

Outrossim, para além de tal previsão, o Código Penal vigente também dispõe acerca de outras situações em que a reparação desempenha papel importante, assim como no artigo 16 em que poderá gerar uma redução da pena de um a dois terços. Nesse caso, cabe ressaltar que isso vale para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, e caso realizada até o recebimento da denúncia ou queixa por ato voluntário do agente¹⁸⁶.

Já no artigo 33, §4º, do CP, instituído pela Lei nº 10.763/2003, a reparação foi inserida como condicionante para a progressão de regime nos crimes contra a Administração Pública. De acordo com Delmanto *et al.*, trata-se de inovação, já que a reparação sempre foi requisito para o livramento condicional (CP, art. 83, IV), porém, nunca para a progressão de regime de cumprimento de pena tratada por este art. 33 e pelo art. 112 da Lei de Execução Penal¹⁸⁷.

Outra previsão, que atribui relevância à reparação, refere-se a do artigo 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal¹⁸⁸, pois, se realizada antes do julgamento, esta será considerada como atenuante da pena. Fator este que, segundo Cerezo Mir, encontra-se baseado em considerações referentes à política criminal, uma vez que reflete o fato de,

¹⁸⁵ “A lesão do bem jurídico protegido pela lei penal produz, geralmente, danos materiais e/ou morais, cuja reparação exige indenização. A condenação criminal transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime, limitando a controvérsia, exclusivamente, à liquidez do valor do dano indenizável.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumem Juris ICPC, 2007, p. 593.

¹⁸⁶ “Salvo raras exceções, pacífico é o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a devolução da coisa ou reparação do dano feita por um dos acusados aproveita aos demais, considerando-se o artigo 16 como circunstância objetiva. Entendemos acertada esta posição, mesmo porque uma vez restituída a coisa ou reparado o dano por um dos coautores ou partícipes, não há como o outro fazê-lo (é impossível devolver a mesma coisa ou reparar o dano duas vezes)”. DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 118.

¹⁸⁷ “Apesar do §4º do art. 33 não fazer a ressalva constante do inciso IV do art. 83 – “salvo a impossibilidade de fazê-lo” -, por analogia *in bonam partem* ela há de aplicar-se a ambas as hipóteses, mesmo porque progressão e livramento condicional têm a mesma natureza e finalidade dentro da execução penal. Afinal, não teria cabimento exigir-se mais para a progressão do que é exigido para o livramento condicional”. *Ibidem*, p. 197.

¹⁸⁸ “Não é necessário que a reparação tenha ocorrido logo após o crime. Basta que a reparação se faça antes do julgamento.” *Ibidem*, p. 283.

nesse caso, a necessidade de punição ser menor do ponto de vista de reafirmação do ordenamento jurídico e o objetivo centrar-se em dar proteção à vítima¹⁸⁹.

Além disso, quando a reparação é realizada, dentre outros requisitos, na suspensão condicional da pena, o juiz poderá substituir a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana por outras condições como: a proibição de frequentar determinados lugares, ausentar da comarca, entre outras. E, de acordo com o artigo 77, §2º, do CP, a suspensão poderá ser revogada caso seja frustrada a reparação, quando o agente for solvente e não existir motivo justificado (art. 81, inciso II, CP).

Tem-se, também, a reparação, salvo a impossibilidade de fazê-lo, como benefício ao réu, no livramento condicional do artigo 83 do CP. Já no caso do crime de peculato culposo, se a reparação precede à sentença, extingue-se a punibilidade do agente, e se lhe é posterior, a pena imposta lhe é reduzida pela metade conforme §3º do artigo 312 do CP¹⁹⁰.

Estes são alguns exemplos da legislação penal no que diz respeito à reparação do dano à vítima, com a consequente atribuição de certos benefícios ao acusado. E, nesta mesma linha, o Código de Processo Penal de 1941, também, tem previsões acerca da reparação. A começar pela possibilidade de execução no juízo cível da sentença penal condenatória no que diz respeito à reparação (art. 63 do CPP)¹⁹¹, cujo valor mínimo será fixado na referida sentença a considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387,

¹⁸⁹ MIR, José Cerezo. **Derecho penal:** parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p. 1014.

¹⁹⁰ “[...] Embora este §3º não incida nas demais modalidades de peculato, a reparação do dano ou restituição da coisa, se ocorrida de forma voluntária e antes do recebimento da denúncia, permite a aplicação do art. 16 do CP.” DELMANTO, 2016, p. 931.

¹⁹¹ Observe-se, então, que a via judicial escolhida poderá ser a *executória*, caso da execução da sentença penal condenatória, consoante o disposto no art. 515, VI, do CPC/2015 (título executivo judicial, cuja certeza deriva do disposto no art. 91, I, CP), e no parágrafo único do art. 63, CPP, relativamente à parcela mínima para reparação dos danos sofridos pela vítima, ou por meio de *processo de conhecimento*, devendo ser encaminhados ambos os pedidos (de execução ou de condenação civil) ao juízo cível, conforme previsto no art. 63 do CPP. Nas duas situações, estaremos diante da ação civil fundada no delito (*ex delicto*), submetida, em um e outro caso, às regras de subordinação temática, isto é, à eficácia de decisões do juízo criminal, prevista seja na legislação processual, seja também no Código Civil.” PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2020, p. 143-144.

inciso IV do CPP¹⁹²). Contexto este que não impede a liquidação no juízo cível para a apuração do dano efetivamente sofrido¹⁹³ (art. 63 do CPP).

Ademais, a legislação processual penal também prevê, em seu artigo 64, a possibilidade de propositura no juízo cível de ação para ressarcimento do dano contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil, incorrendo na possibilidade de que o juiz da ação civil suspenda o curso desta até o julgamento definitivo da ação penal (art. 64 do CPP). Outrossim, o artigo 67, do CPP, dispõe que a sentença absolutória criminal não obsta a propositura da ação civil quando não tiver sido reconhecida de forma categórica a inexistência material do fato¹⁹⁴.

Outra matéria regulada pela legislação processual penal e com relevância específica para a reparação do dano diz respeito às medidas assecuratórias, que, segundo Aury Lopes Júnior, desempenham uma importante função de tutela do interesse econômico da vítima, resguardando bens para uma futura ação civil *ex delicti* e, também, do Estado no que se refere à garantia do pagamento da pena pecuniária e custas processuais. Desse modo, e, embora outrora tenham permanecido em repouso nas últimas

¹⁹² Rodrigo Cabral aponta que a referida previsão racionaliza a questão de indenização por danos, evitando a absurda necessidade de ajuizar nova ação civil para discutir os mesmos fatos já discutidos, além dos traumas psicológicos que podem derivar de tais fatos, como a necessidade de relembrações muitas vezes traumáticas para a vítima e seus familiares, principalmente quando ocorreu uma morte ou violência sexual. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. La Previsión de Fijación del Valor Mínimo de Indemnización en la Sentencia Penal Condenatoria incluida por la Reforma Procesal Penal Brasileña de 2008. **Revista General de Derecho Penal**, v. 14, p. 1-10, 2010.

¹⁹³ “Frequentemente, a doutrina procura distinguir em *restituição*, *ressarcimento*, *reparação* e *indenização* as diversas modalidades de recomposição civil do dano causado pela infração penal. O objeto, ou conteúdo, da ação civil, que vem a ser precisamente a apontada recomposição patrimonial ou pecuniária decorrente da ilicitude também civil, pode se identificar em um pedido de simples *restituição* do bem subtraído ou apropriado indevidamente, ou quando maior o dano, de *ressarcimento*, em que se buscará satisfazer, além do dano emergente, também aquilo que o ofendido deixou de receber com a fruição do bem (lucros cessantes). [...] em ambas as modalidades o dano causado é de natureza *econômica*. Quando, porém, o dano causado pela infração penal atingir o patrimônio *moral* do ofendido, valores atinentes à dignidade, individualidade e personalidade da vítima, expressões culturais da própria comunidade social, dar-se-á a *reparação* civil do ilícito [...]. Ainda segundo a doutrina, o vocábulo *indenização* se prestaria a definir a modalidade de recomposição patrimonial do dano causado por ato ilícito do Estado (desapropriação). Entretanto, embora toda a classificação construída com rigor conceitual seja indispensável à elaboração científica, o fato é que a legislação brasileira, incluindo a própria Constituição, não obedece às definições anteriormente apontadas, tratando por indenização qualquer pedido de natureza ressarcitória ou reparatória (ver, por exemplo, art. 5º, V, CF, e art. 68, CPP)”. PACELLI, 2020, p. 14-147.

¹⁹⁴ Acrescente-se que, nos termos do artigo 67 do CPP, igualmente não impedirão a propositura da ação civil: o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; a decisão que julgar extinta a punibilidade e a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

décadas – com a expansão do direito penal econômico e tributário – estas estão na pauta do dia¹⁹⁵.

Acerca de tais medidas, tem-se o sequestro, disciplinado nos artigos 125 a 133 do CPP, que, em síntese, é instrumento utilizado para bens imóveis adquiridos com proventos da infração, bastando indícios veementes da proveniência ilícita para sua decretação¹⁹⁶. Bens estes que, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, serão avaliados e vendidos em leilão público, cujo valor apurado reparará os danos, se houver, ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, com o recolhimento do restante aos cofres públicos, bem como determina o artigo 133 do Código de Processo Penal.

Outra medida assecuratória é a hipoteca legal, que visa a reparação do dano. Em resumo, nos termos do artigo 134 do CPP, a hipoteca legal poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, e incidirá sobre os bens imóveis do indiciado, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria; a parte estimará o valor da responsabilidade civil e designará o imóvel ou imóveis que terão de ficar hipotecados. Neste caso, o juiz mandará proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e para a avaliação do bem nos termos do artigo 135 do CPP¹⁹⁷. Ademais, tem-se, também, a possibilidade de decretação de arresto do imóvel nos termos do art. 136 do CPP¹⁹⁸.

¹⁹⁵ LOPES JUNIOR, 2020, p. 1095.

¹⁹⁶ A medida pode ser decretada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, e poderá ser ordenado em qualquer fase do processo ou antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa (art. 127, CPP). O sequestro será autuado em autos apartados e admitirá embargos de terceiro (art. 129, CPP). Proceder-se-á o sequestro de bens móveis se, verificadas as condições do artigo 126, e não seja aplicável a busca e apreensão (art. 132, CPP).

¹⁹⁷ Art. 135 [...]. §2º, CPP. O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo. §3º. O juiz, ouvidas as partes no prazo de dois dias, que correrá em cartório, poderá corrigir o arbitramento do valor da responsabilidade, se lhe parecer excessivo ou deficiente. §4º. O juiz autorizará somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade. §5º. O valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória. §6º. Se o réu oferecer caução suficiente, em dinheiro ou em títulos de dívida pública, pelo valor de sua cotação em Bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal.

¹⁹⁸ Art. 137, CPP. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

Segundo Gustavo Badaró, em linhas gerais, somente o sequestro incide sobre o patrimônio ilícito do acusado, de modo que a especificação e registro da hipoteca legal, bem como o arresto, atingem o patrimônio lícito¹⁹⁹. Isso porque, explica Aury Lopes Júnior, na hipoteca legal e no arresto o que se tutela é o interesse patrimonial da vítima que pretende, no curso do processo criminal, garantir os efeitos patrimoniais de eventual sentença penal condenatória²⁰⁰.

Nota-se, portanto, de acordo com Gustavo Badaró que:

A reparação do dano causado pelo delito é finalidade – ainda que secundária da tutela penal condenatória, e, assim sendo, o sistema processual penal necessita de medidas cautelares que assegurem tal resultado, nas hipóteses em que o tempo necessário para a prolação do provimento condenatório permita que a situação patrimonial do investigado ou do acusado se altere, gerando o risco de que quando do provimento final, tal finalidade seja frustrada pela demora processual.²⁰¹

Por conseguinte, constata-se que, além das previsões no âmbito penal material, a legislação processual penal também aborda a reparação do dano e dispõe das medidas para operacionalizá-la, reforçando, dessa forma, a importância de permitir que seja assegurada à vítima uma resposta satisfatória – o quanto possível – em relação ao dano suportado.

Igualmente, também existem previsões acerca da reparação do dano na legislação penal especial. Veja-se, por exemplo, que a Lei nº 9.613 de 1998, que dispõe acerca da lavagem de capitais, disciplina em seu artigo 4º a possibilidade de decretação de medidas assecuratórias²⁰², as quais servirão para a reparação dos danos, pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Já a Lei nº 9.099/95, que instituiu o Juizado Especial Criminal, e, como pontuado, passou a dispor sobre mecanismos negociais no âmbito criminal, prevê, especificamente no artigo 62, que o processo perante o Juizado objetivará, sempre que possível, a

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz Bottini. **Lavagem de Dinheiro:** aspectos penais e processuais penais, comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 315.

²⁰⁰ LOPES JUNIOR, 2020, p. 1110.

²⁰¹ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 288.

²⁰² Quanto aos bens do investigado ou acusado, ou em nome interpostas pessoas que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na referida lei ou nas infrações penais antecedentes.

reparação dos danos sofridos pela vítima²⁰³. Na forma do artigo 72 da referida Lei, na audiência preliminar, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos²⁰⁴. Acrescente-se, ainda, que a reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo, é condição para a suspensão condicional do processo (art. 89).

Também a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê a reparação como condição prévia para a realização da transação penal prevista na Lei nº 9.099/95²⁰⁵. Importante destacar, segundo Militello *et al.*, que ponto que mereceria maior atenção na legislação penal ambiental diz respeito à possibilidade de ampliar acordos, pois, afinal, o objetivo maior da Lei dos Crimes Ambientais é o de reparar o dano causado e não o de prender o infrator, acordo este que seria mais fácil e adequado, por exemplo, nas formas de poluição mais simples do que nos grandes acidentes com mortes, estes, sim, a exigir ação penal e imposição de sanções severas²⁰⁶.

Para mais, a Lei nº 9.430/1996, que trata dos crimes tributários, prevê, no artigo 83, §§4º e 6º, que o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade, de modo que nesta Lei citada a reparação do dano exerce papel relevante.

Considerando tais exemplos, infere-se que a reparação do dano está presente de diferentes formas na legislação penal e processual penal, o que reflete a integridade do sistema. Pois, de acordo com Julio B. Maier, do ponto de vista político, ambos, o Direito

²⁰³ “Conciliação e transação: são as metas eleitas pelo legislador para inspirar o funcionamento do Juizado Especial Criminal e, conseqüentemente, a atuação dos operadores do Direito. A conciliação envolve acordo entre agressor e ofendido, evitando-se, por meio da reparação do dano, a aplicação de sanção penal. A transação abrange a decisão de não litigar, aceitando o agressor, desde logo, a penalidade – restrição de direito ou multa – sugerida pelo órgão acusatório”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 517.

²⁰⁴ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. Lei nº 9.099/95.

²⁰⁵ Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

²⁰⁶ MILITELLO, Vincenzo *et al.* Resíduos sólidos e crimes de poluição: avanços e retrocessos na legislação e na jurisprudência italianas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 127, p. 378-403, jun./set. 2020, p. 396.

Penal e Processual Penal, constituem uma unidade²⁰⁷ e, embora a função material e formal de cada um seja distinta, estes dependem um do outro para a implementação da política criminal do Estado²⁰⁸²⁰⁹.

Com as respectivas previsões acerca da reparação do dano, intentam a implementação de finalidades comuns, quais sejam, a restauração da paz jurídica perturbada com o crime, a atribuição de importância à vítima, a concessão de benefícios ao réu, e, também, a eficiência para a Administração da Justiça como um todo.

Constata-se que, embora em determinado momento a reparação do dano tenha passado a ser objeto próprio do direito privado, quando então dissociaram-se a responsabilidade civil e a penal, esta questão não significou a absoluta ausência de fins reparatórios também na esfera criminal, e não há como ignorar possíveis benefícios da inserção de tais fins. Contudo, reforça-se que esta intersecção deve ser analisada de forma cautelosa e à luz dos fins próprios da área criminal, de modo a não os desvirtuarem com objetivos meramente privados.

Conforme pontuam Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol, uma análise do conjunto político brasileiro atual revela a necessidade de uma reforma dos aparelhos tradicionais de oposição à criminalidade. Todavia, estes não podem ser incorporados ao

²⁰⁷ “Do exposto deriva que a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma *relação mútua de complementaridade funcional* que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade [...]. [...] trata-se ali de províncias, mas de províncias distintas, de um mesmo ordenamento jurídico. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 28-32.

²⁰⁸ MAIER, 2004a, p. 145. Acrescente-se: “O direito processual penal não pode ser pensado com independência do direito penal. Ambos, mais a execução penal, são partes integrantes de um sistema, como instrumento de controle social. Para que este sistema funcione bem se torna necessária a coordenação de fins e instituições entre um e outro, pois o direito processual penal é o instrumento que lei concede ao direito penal para a sua aplicação prática”. MAIER, 2004a, p. 146. “A relação entre o Direito Penal material e o Direito Processual Penal é tão estreita que antigamente se regulavam ambas no mesmo corpo legal. E ainda hoje se encontram no Código penal preceitos claros de conteúdo processual como aos relativos à prescrição. [...]. A missão do Direito Penal não se pode determinar sem ter em conta questões processuais e realidade da Administração da Justiça penal vem em boa parte configurada pelo Direito Processual Penal”. HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 122-123.

²⁰⁹ “A vinculação entre o direito penal e o direito processual penal é íntima, posto que este último é o que regula a forma em que se realiza o primeiro. [...]. O Código Penal contém dispositivos que possuem natureza processual (arts. 100 a 106). [...]. O direito penal impõe a sanção quando há um delito; o direito processual penal põe em funcionamento a ação penal, quando há apenas uma aparência de delito. Quando uma conduta não pode ser penalizada pelo direito penal, segue-se a absolvição; quando não se pode iniciar uma ação processual penal em virtude de um delito, não há processo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141-142.

regime jurídico pátrio sob um regime de urgência, escapando a uma discussão doutrinária prévia e séria, isto é, comprometida com o avanço dos instrumentos públicos de persecução, porém, motivada pela salvaguarda das garantias fundamentais, até então, conquistadas²¹⁰.

A reflexão supracitada pode ser aplicada aos instrumentos jurídicos que visam a reparação do dano penal, pois, mesmo que relevantes e necessários para a vítima, acusado, sociedade e Administração da Justiça – podendo contribuir para que resultados mais eficientes sejam alcançados – precisam encontrar guarida nas bases estruturais do Direito Penal e Processual Penal.

2.3 A COMPATIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO COM A SEARA CRIMINAL

Como visto, embora o instituto da reparação do dano seja próprio do direito privado, este encontra-se contemplado no âmbito penal e processual penal. E, segundo Roxin, o acordo de compensação entre o autor e a vítima tem encontrado uma aceitação ampla na discussão político-criminal, devendo-se às vantagens práticas que traz consigo para todos os afetados pelo ato punível (para a vítima, autor e, Administração da Justiça²¹¹).

Sendo assim, é preciso estabelecer certas análises acerca da reparação à luz de questões basilares ao âmbito criminal, e que estas possam justificar a sua aplicação nesta seara, a fim de não deixar os fins reparatórios de forma exclusiva com os aportes do Direito Civil.

À vista disso, um dos principais argumentos para a inserção da reparação na seara penal centra-se em considerá-la como uma alternativa para evitar-se o transcorrer de uma ação penal e, por conseguinte, a aplicação de uma pena. Isso porque, existem inúmeros problemas que assolam o sistema de Justiça Criminal, que nas palavras de Roxin, submete

²¹⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 24, v. 118, p. 124-158, jan./fev. 2016, p. 152-153.

²¹¹ ROXIN, 1999, p. 7.

numerosos cidadãos, nem sempre culpados, às medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico, estigmatizando o condenado e, levando-o à exclusão social²¹².

Outrossim, segundo Rafael Serra Oliveira, o sistema jurídico é marcado pelo excesso de formalismo de sua estrutura centralizada, hierarquizada, burocrática e lenta²¹³. E, no que diz respeito à crise do sistema penal, esta encontra-se relacionada com as demandas sociais por punição e pela expansão do Direito Penal de um lado, e de outro, à exigência de celeridade na prestação jurisdicional²¹⁴²¹⁵.

O cenário comentado impõe a premência de repensar esse sistema²¹⁶, desde a persecução até a execução da pena, no que, então, a reparação do dano pode ocupar um espaço de relevo na busca por construções de soluções consensuadas aos conflitos decorrentes da prática criminal, evitando-se as agruras que sobrevêm de ocupar-se a posição de réu no processo penal, e, ainda mais, com a imposição de uma pena.

Poder-se-á considerar a possibilidade de aplicar-se a reparação, como no caso do ANPP, para evitar que haja a própria ação penal com os seus consequentes prejuízos para todos os envolvidos, dessa forma, atribuindo-se à reparação, consequentemente, uma

²¹² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

²¹³ OLIVEIRA, 2013, p. 31.

²¹⁴ Ibidem, p. 38.

²¹⁵ “A tentativa de solucionar a lentidão do sistema penal para atender aos anseios sociais foi feita pelo gradual endurecimento da lei penal, com a punição de condutas com pequeno desvalor, diminuição das garantias processuais dos cidadãos, ampliação das prisões preventivas e imposição de pena apenas com caráter punitivo. [...]. As consequências para o sistema penal foram desastrosas, pois, para além do seu problema inicial ligado à incompatibilidade da sua estrutura burocratizada com a exigência social por maior rapidez na solução dos litígios, a justiça criminal passou a ter novos problemas, quais sejam: (i) o crescimento do número de condutas criminalizadas e, consequentemente, da demanda judicial; (ii) a ampliação do número de pessoas estigmatizadas pela atuação das instâncias formais de controle (e sua influência na reincidência); (iii) a redução das garantias fundamentais dos cidadãos; e (iv) a despreocupação dos sujeitos processuais com os fatos e observância da Constituição”. Ibidem, p. 72.

²¹⁶ “[...]o estudo e o controle da criminalidade requerem, no mais alto grau, um *approach integrado* do processo de aplicação da justiça penal; visto, por isso mesmo, como um processo dinâmico e coerente, dotado de um objectivo social e operando num contexto de mudança social – visto, numa palavra, como um *sistema* [...]. [...] as modificações operadas numa parte do sistema – num dos seus subsistemas – afectam necessariamente o que ocorre noutras partes – noutros subsistemas – e condiciona em medida larga, ou mesmo decisiva, a resposta total. [...]. Importa, diferentemente, complementar uma tal consideração isolada por um estudo compreensivo e integrado do processo de aplicação da justiça penal, que permita dar uma maior consistência e uma maior eficiência ao sistema como um todo.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 373-374.

resposta no lugar da imposição de uma pena, ainda que seja cumulada, como pode ser no caso do ANPP, com outras medidas que de modo igual não constituem pena²¹⁷.

Portanto, uma razão inicial para discutir-se a reparação penal é devido aos problemas da Justiça Criminal, que não podem ser ignorados e demandam alternativas. Contudo, há questões que precisam ser consideradas nesta análise da reparação enquanto um possível caminho menos gravoso e eficiente.

A começar pelo exame de qual grau de criminalidade, isto é, se crimes de pequena, média e alta gravidade poderiam encontrar, na reparação, uma alternativa para evitar-se a ação penal e a pena. Nesta linha, torna-se necessário pontuar que os delitos de pequena gravidade não serão analisados, porque: (i) é preciso repensar a descriminalização de condutas que se enquadram nesta categoria – e não apenas em uma solução por meio da reparação do dano –, e (ii) porque tais delitos não se emolduram ao acordo de não persecução penal.

À vista disso, discute-se acerca da reparação enquanto uma alternativa para os crimes de média gravidade²¹⁸ – que são aqueles abrangidos pelo ANPP – seja porque a vítima seria atingida mais diretamente do que a sociedade como um todo e teria uma resposta ao dano sofrido, seja porque esses crimes, como pontuado por Rafael Serra Oliveira, praticados sem violência, grave ameaça física, psicológica, ou moral, não denotam, em tese, excessiva periculosidade do agente a ponto de ser necessária sua exclusão social por meio de uma pena privativa de liberdade. Pois, a liberdade da pessoa

²¹⁷ “[...]. No entanto, parece bastante claro que o acordo não impõe penas, apenas estabelece direitos e obrigações de natureza negocial. O investigado somente cumpre as obrigações se quiser, não existindo a possibilidade do cumprimento forçado”. CABRAL, 2021, p. 90.

²¹⁸ Importante destacar que há discussões sobre a aplicação da reparação também nos delitos de maior gravidade, Pablo Galain Palermo e Angélica Romero Sánchez, pontuam, ao tratar da possibilidade de reparação no tocante aos crimes praticados por organizações criminosas, delimitando a aplicação para as “esferas inferiores” da organização, que o ato reparatório seria capaz de cumprir uma finalidade dentro da teoria da pena também nos delitos que se entendem como “graves”. Limitando-se o benefício que pode ser auferido com a reparação para a etapa de execução da pena, diminuindo, por exemplo, o *quantum* exigido para a concessão da suspensão de execução da pena. Os autores apontam que este debate poderia contribuir com os princípios de proporcionalidade, *ultima ratio*, necessidade de pena ou subsidiariedade, representativos de um Direito Penal que na busca por eficácia não abandone sua condição de “social e democrático de Direito”. PALERMO, Pablo Galain; SÁNCHEZ, Angélica Romero. Criminalidad organizada y reparación. ¿puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada? **Derecho Penal y Criminología**, Colombia, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, v. 22, n. 73, p. 45-68, 2001.

não coloca em risco a sociedade que, em decorrência da prisão, acaba por ser mais prejudicada em médio prazo com o encarceramento do autor do delito²¹⁹.

Ademais, de acordo com Pablo Galain Palermo, estudos criminológicos indicam que nos crimes de média e pequena gravidade, a vítima apresenta uma certa predisposição à composição com o agressor, como receber explicações ou desculpas e, também, à reconstrução do dano causado²²⁰.

Nesse caso, a intervenção penal clássica poderia ser mais prejudicial do que benéfica²²¹, pois, como sabido, a ação penal e a aplicação de pena carregam consigo uma coletânea de prejuízos ao réu, à vítima, à sociedade e à Administração da Justiça, que por sua escassez de recursos, dentre outros pontos, é falha na persecução, na resposta e na execução da solução ao caso criminal. Pelo que então, para os crimes de média gravidade é possível pensar em uma alternativa menos gravosa.

Outrossim, como pontua Roxin, se o autor estiver encarcerado em um estabelecimento penitenciário, este não pode ganhar dinheiro e tampouco, por consequência, na maioria dos casos, indenizar a vítima, e ainda que tenha sido condenado apenas à uma pena de multa, esta condenação diminui sua capacidade e, quase sempre, também a sua vontade de ter que pagar por algo, adicionalmente, à vítima. Por conseguinte, a punição do autor, não reporta vantagem para a vítima, mas, sim, ulteriores prejuízos²²².

Ainda que tais razões apontem para a justificativa da reparação penal, é preciso considerar, também, as críticas ao instituto. Sobre isso, Bernd Schüneman indica, por exemplo, que há críticas no sentido de que se o autor já está civilmente obrigado a indenizar o dano, este não poderia ser penalmente beneficiado pelo cumprimento de uma obrigação²²³.

²¹⁹ OLIVEIRA, 2015, p. 105-106. Rafael Serra Oliveira ainda pontua outro motivo para aplicar-se o consenso aos crimes de média gravidade, pois, segundo ele, coloca-se fim, ou pelo menos minimiza, o problema da seletividade do sistema penal, uma vez que, independentemente de praticadas por ricos ou pobres, todas as condutas sem violência ou grave ameaça não seriam passíveis de prisão, evitando que o sistema penal puna mais gravemente os excluídos. *Ibidem*, p. 105.

²²⁰ PALERMO, 2010, p. 93.

²²¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 90-91.

²²² ROXIN, 1999, p. 08.

²²³ SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. *In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). Temas de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

Contudo, não se pode desconsiderar que, no âmbito penal, a reparação tem de produzir efeitos para além daqueles que produziria na esfera cível, portanto, não se trata, tão somente, de auferir um benefício penal decorrente de uma obrigação cível.

Isso porque, a reparação pode exercer funções mais eficazes quando aplicadas no contexto criminal, pois, consoante Roxin, quando o autor, em seu próprio interesse, esforça-se no sentido de uma rápida reparação para a vítima, este acaba por repensar seu comportamento e o dano causado. Fator que produz uma prestação construtiva, tendo grande utilidade do ponto de vista preventivo-especial²²⁴.

O jurista aponta, ainda, que, como sabido, é complicado preparar alguém para uma vida legal em liberdade quando se encontra em condições de ausência de liberdade. Ademais, de acordo com Rodrigo Cabral, a resposta célere e não privativa de liberdade, às vezes poucos dias depois dos fatos, pode significar o freio de arrumação necessário para colocar nos trilhos a vida de quem envolveu-se na prática dos crimes pela primeira vez²²⁵.

Desse modo, a reparação pode influenciar de maneira muito mais positiva na atitude social do autor. Pois, se o autor tem que se preocupar pessoalmente com o dano produzido, este será obrigado a enfrentar interiormente seu comportamento, o que poderá contribuir para uma modificação de sua deficiente orientação social. Além do mais, o autor não terá que passar pelos efeitos dessocializadores que supõe tirar sua profissão e seus vínculos sociais²²⁶.

Ainda consoante a Roxin, a reparação pode levar a uma reconciliação entre o agressor e a vítima, especialmente quando realizada de forma voluntária. O que, segundo o jurista, pode fazer com o que o objetivo de resolver conflitos possa ser alcançado²²⁷.

M. Carmen Alastuey Dobón explica que na linha abordada, a reparação não se trata apenas de uma compensação do dano civil causado pelo delito, mas de uma compensação das consequências do delito mediante uma prestação voluntária do autor que serve para o restabelecimento da paz jurídica. De modo que a reparação penal teria não apenas um componente material, que consistiria na indenização, mas, sobretudo, um

²²⁴ ROXIN, 2006, p. 26.

²²⁵ CABRAL, 2021, p. 52.

²²⁶ ROXIN, 1999, p. 10.

²²⁷ Ibidem, p. 153.

componente ideal e interativo consistente no mencionado restabelecimento da paz jurídica²²⁸.

Como pontua Rodrigo Cabral, quando o Estado descumpre o dever de proteção aos bens jurídicos, acarreta sérios prejuízos ao tecido social, à própria ideia de liberdade e à credibilidade das instituições, fazendo surgir propostas autoritárias de restrição excessiva de direitos e garantias individuais, pois a ideia de segurança pública é elevada à uma estatura de superioridade em relação aos demais princípios e regras constitucionais. Por isso, segundo o referido jurista, punir os crimes cometidos no país, proteger os bens jurídicos tutelados, constitui uma forma de preservar o direito à liberdade²²⁹.

Sendo assim, os acordos com as respectivas exigências de reparação do dano podem ocasionar, também, a confiança na atuação persecutória penal do Estado, levando, conseqüentemente, ao restabelecimento da paz jurídica.

Ademais, como indica por Julio B. Maier, do ponto de vista preventivo especial, a reparação é avaliada positivamente como o melhor esforço do autor para reconhecer sua injustiça e reintegrar-se na comunidade. Isso embora ressalte que para que possa cumprir esse papel, a reparação deve ser afastada de sua atuação coercitiva, na medida do possível, pois quanto maior a espontaneidade, maior o valor preventivo especial²³⁰.

Por outro lado, bem como apontado por Bernd Schünemann, existem críticas no sentido de que a eficácia preventivo-geral do Direito Penal pode ser enfraquecida se o autor puder contar com que a mera reparação lhe permitirá sair relativamente ileso, pois, poderia, no caso ideal, antecipar as conseqüências de seu ato, e, dessa forma, realizar a ponderação custo-benefício. E, ainda, na hipótese mais desfavorável em que ele seria condenado, bastaria devolver as vantagens do crime de modo a reparar o dano²³¹.

No entanto, a ponderação custo-benefício também caberia no caso de uma possível aplicação de pena, na qual o sujeito poderia considerar as falhas da Administração da Justiça Criminal que não é capaz de promover a persecução de todos os crimes. Para analisar quais seriam as chances de uma possível descoberta/condenação e, ainda, se os benefícios advindos da prática criminal compensariam ou não o risco.

²²⁸ ALASTUEY DOBÓN, 2000, p. 68.

²²⁹ CABRAL, 2021, p. 51-52.

²³⁰ MAIER, 2004a, p. 222.

²³¹ SCHÜNEMANN, 2008, p. 14.

Sob essa perspectiva, no que diz respeito ao efeito intimidatório da reparação, Roxin indica que, certamente, esse efeito é escasso sobre a generalidade dos cidadãos. Contudo, do mesmo modo, o efeito intimidatório das ameaças penais também são escassos, pois o comportamento do infrator é acompanhado desde o início pela otimista premissa de que não será pego²³²²³³.

Ademais, consoante Roxin, a reparação também possui vantagens enquanto efeito preventivo geral, pois a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o dano for reparado e, por conseguinte, o *status quo ante* for restabelecido²³⁴²³⁵. Uma vez que os cidadãos, em geral, não consideram que a fratura é curada com um castigo ao autor, isso enquanto o dano sofrido pela vítima não tiver sido remediado e a paz jurídica perturbada não tiver sido restabelecida mediante um acordo entre o autor e a vítima²³⁶.

Outrossim, segundo Julio A. Rodríguez Delgado, cumpre-se objetivos preventivos gerais, porque existe uma reparação para a violação da norma. Com isso se comprova que o sistema funciona, e, portanto, alcança a coesão social, não apenas por ver castigado o

²³² ROXIN, 1999, p. 10-11.

²³³ “[...] o constante agravamento das penas, seja recorrendo a forma de cumprimento ou duração, não indica que o índice de criminalidade está decrescendo, muito pelo contrário, está aumentando”. DELGADO, Julio A. Rodríguez. La reparación como sanción jurídico-penal. **Revista de la Asociación Ius Et Veritas**, Lima, v. 9, n. 17, p. 28-44, 1998, p. 31. Outrossim, de acordo com De-Lorenzi, “se é correta a ideia bastante difundida, e que conta com razoável suporte empírico, de que, no que diz respeito ao efeito dissuasório, a certeza da punição é um fator mais importante do que o aumento da severidade – cuja relevância carece que comprovação empírica -, então os acordos, caso propiciem um aumento de efetividade do direito penal em relação à persecução e ao sancionamento de ilícitos, poderiam aumentar os efeitos preventivos-gerais negativos, na medida em que tornassem mais provável e célere a punição de infratores, embora pontue que o efeito dissuasório que pode ser gerado pelo aumento da probabilidade e celeridade da punição depende de que a redução da pena pelos acordos não afete a seriedade da ameaça, razão pela qual seria admissível apenas uma redução moderada da punição no caso concreto”. DE LORENZI, 2020, p. 301-302.

²³⁴ ROXIN, 2006, p. 26.

²³⁵ “A prevenção geral não se esgota na intimidação, é entendida pela política-criminal moderna, com a prevenção geral positiva. De acordo com ela, o efeito social útil do direito penal reside, sobretudo, em transmitir à população a confiança na proteção do ordenamento jurídico e na sua força de impor-se”. ROXIN, 1999, p. 11. Acrescente-se que: “Embora, na ausência de estudos empíricos, somente se possa especular a respeito do tema, parece-me possível cogitar que um sistema que adote acordos restritos, como o modelo anteriormente esboçado, e que, com isso, mostre melhores resultados na persecução e punição de crimes, seja capaz de passar uma mensagem mais persuasiva sobre as condutas proibidas do que um sistema que muito prometa, mas cumpra muito pouco”. DE LORENZI, op. cit., p. 308.

²³⁶ ROXIN, op. cit., 1999, p. 11.

autor do delito punível, mas, também, por ver satisfeita a vítima e ver gerado um efeito de fidelidade pela reparação²³⁷.

Partindo-se, portanto, de tal raciocínio, justifica-se a aplicação da reparação naquelas situações que atingem mais diretamente a vítima²³⁸, que poderá retornar ao *status quo* ou, ao menos, atingir o mais próximo a isso. Mas que, ainda assim, lhe seja uma resposta satisfatória (quando o autor não representa um alto grau de periculosidade e quando o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça).

Para tanto, faz-se necessário, de acordo com Pablo Galain Palermo, que a reparação abarque o interesse penal que reside na constatação do dano social causado pela conduta, isto é, o modo como causou-se e as possibilidades individuais do autor para promover a reparação²³⁹. Pois, os atos de reparação não devem vincular-se de modo exclusivo à questão patrimonial do dano, mas, sim, com a gravidade da infração, levando-se em conta a função do Direito Penal e os critérios de merecimento e da necessidade da pena²⁴⁰.

Dessa forma, a reparação pode ser considerada como uma alternativa à aplicação da pena, sob a perspectiva ora analisada. De acordo com Rafael Serra Oliveira:

Assim, da mesma forma como a prisão representou uma evolução com relação às penas corporais, entendemos necessária a continuidade desse processo evolutivo, a fim de se buscar alternativas que consigam, de fato, reestabelecer a paz jurídica e social estremecida pelo crime, englobando, na medida do possível, os interesses da sociedade, vítima e ofensor.²⁴¹

²³⁷ DELGADO, 1998, p. 35.

²³⁸ Quanto à reparação nos delitos que não geraram danos suscetíveis de serem reparados, como nos crimes de perigo abstrato, ou nos casos de bens jurídicos supraindividuais, Roxin sugere que o problema pode ser solucionado permitindo-se uma reparação simbólica, o autor poderia pagar uma soma à um fundo de compensação de vítimas, que poderia exigir prestações pessoais ou renúncias pessoais consideráveis. Com os recursos desse fundo poderia ajudar vítimas que não puderam receber outra indenização, e ao autor poderiam outorgar os mesmos benefícios previstos para a reparação de um dano real. ROXIN, op. cit., 1999, p. 12. Beltrán Calfurrapa aponta que nos delitos em que não existe uma vítima concreta, ainda assim a reparação pode ocupar um papel importante, como, por exemplo, através de através de prestações reparadoras em benefício da comunidade que, simbolicamente falando, supõe um restabelecimento da norma “quebrada” pelo crime. BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 145-190, 2019, p. 156.

²³⁹ PALERMO, 2010, p. 92.

²⁴⁰ Ibidem, p. 94.

²⁴¹ OLIVEIRA, 2015, p. 107.

Contudo, ainda que possa ser uma possibilidade menos gravosa e mais satisfatória, no que diz respeito aos crimes de média gravidade, não se pode perder de vista os apontamentos de Roxin, os quais indicam que a descriminalização de condutas e a diversificação não irão tornar supérflua a pena. Mas que estas poderiam e deveriam reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que precisam de punição²⁴², além de constituírem meios mais humanos e baratos e, na esfera inferior da criminalidade, e não menos eficientes do ponto de vista preventivo²⁴³. Dessa forma, acrescenta, ainda, que:

Além disso, uma imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável. Afinal, o fato de que, nos delitos pequenos e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma ressocialização através de penas privativas de liberdade, é um conhecimento criminológico seguro. Não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação de liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores.²⁴⁴

Outrossim, consoante a Roxin, a atribuição de benefícios ao autor que promove a reparação do dano – referindo-se especificamente à reparação voluntária – significaria um grande estímulo para que a realizasse, assim, ofereceria à vítima uma reparação rápida e não burocrática²⁴⁵. Conclui-se que sanções orientadas pela voluntariedade podem complementar e, em parte, substituir a pena no futuro²⁴⁶, e, em virtude de seus efeitos socialmente construtivos, estas devem ser preferidas à pena privativa de liberdade²⁴⁷.

²⁴² ROXIN, 2006, p. 15.

²⁴³ Ibidem, p. 20.

²⁴⁴ Ibidem, p. 18.

²⁴⁵ Ibidem, p. 25.

²⁴⁶ Em posicionamento contrário: “O dano próprio da infração nunca pode ser indenizado nas formas características da indemnização civil: só a pena pode satisfazer os requisitos de uma reintegração da ordem jurídica perturbada”. BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal**: parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1965, p. 751. Acrescente-se: De acordo com Busato e Huapaya, o Direito Penal que é o Direito mais público que existe, não pode admitir de forma geral um sistema de resolução de conflitos, mas defende sua admissão para certos delitos, como os contra honra que são promovidos pela parte, e cujo desenvolvimento processual adota as características de um processo civil. Não se poderia pensar na resolução de conflitos em delitos violentos, por exemplo. No Estado de Direito, social e democrático a função do Estado em matéria penal é de neutralizar a vítima no processo. Uma adequada política de Estado orientada à vítima seria uma política extrapenal de assistência reparatória. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introducción al Derecho Penal**: Fundamentos para un sistema penal democrático. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009, p. 33-34.

²⁴⁷ ROXIN, op. cit., 2006, p. 27.

Isso demonstra, portanto, que a reparação do dano pode cumprir funções atinentes ao contexto penal. E, nesse sentido, pode contribuir com a restauração da paz jurídica perturbada com o crime, contando, inclusive, com os esforços do próprio autor da conduta criminosa, que se esforçará para promover a reparação, e, para tanto, terá de enfrentar a sua conduta – internamente e externamente –, não tendo que, para isso, suportar todos os aspectos negativos os quais acompanham a aplicação de uma pena²⁴⁸.

Por conseguinte, em se tratando de crimes que embora não envolvam violência ou grave ameaça, mas que a manutenção da criminalização se faz indispensável, tal como o furto, Roxin aponta que poder-se-á evitar as desvantagens de tal criminalização através de alternativas à condenação formal por um juiz, o que consistiria em um meio de combate ao crime mais humano do que a pena²⁴⁹, no que então, mais uma vez, verifica-se que a reparação do dano pode ser uma alternativa viável.

Outrossim, de acordo com Pablo Galain Palermo, juntamente a reparação, a sociedade não apenas observa solucionado o conflito que foi causado pelo delito, como também recebe os benefícios da reinserção do delinquente. E, como vítima mediata do delito, vê-se também ressarcida diante dos efeitos positivos da prevenção geral positiva, pois, o Direito é reconhecido pelo delinquente com a sua atuação posterior positiva²⁵⁰.

Ademais, em complemento ao ponto de que os efeitos da reparação penal estão para além do que se pode alcançar no âmbito privado, é possível valer-se do indicado por Silva Sánchez, no sentido de que se está tratando de uma reparação que corre no âmbito jurídico-penal, o qual condiciona os critérios de sua determinação e têm outras repercussões de sua imposição (reações em caso de fracasso), demonstrando-se a própria relevância simbólica como resposta à infração normativa. De fato, em muitos casos, a

²⁴⁸ “Aqueles que se mostram críticos à idoneidade da reparação para satisfazer as finalidades da pena encontram nas relações entre ela e a intimidação seu principal ponto de apoio. [...] tal crítica, todavia, ignora as hipóteses em que a reparação significa um verdadeiro sacrifício para o agente”. MACHADO, 2018, p. 91.

²⁴⁹ ROXIN, 2006, p. 14.

²⁵⁰ PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como “terceira via” punitiva? Especial Consideración a la posición de Claus Roxin. **Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, n. 3, p. 183-220, 2005, p. 202.

reparação alcança os fins de pacificação porque é penal e é elucidada no marco de um processo com carga simbólica, que é o processo penal²⁵¹.

Além disso, Pablo Galain Palermo indica que teoricamente, a diminuição da criminalidade e a restituição ao estado anterior ao delito são ideais para toda sociedade que pretende atingir esses feitos através de suas normas jurídicas. Neste contexto a reparação nada mais é do que a tentativa de devolver as coisas ao seu estado inicial, como se o delito não tivesse acontecido, e, por esse motivo, a restituição ao *status quo* não pode ser interpretada em um sentido civilista de exclusiva indenização à vítima. Isso porque o retorno do estado anterior ao delito inclui a solução diante do conflito causado pelo crime e a pacificação social, o que vai além da reparação patrimonial do dano²⁵².

Portanto, consoante Pablo Galain Palermo, não se deve cair na confusão terminológica entre a reparação em sentido estritamente civil e a reparação do ponto de vista penal, pois, esta última está muito além da simples devolução do preço da coisa. A reparação do dano para o Direito Penal, inclui, além dos interesses da vítima, aspectos sociais relacionados com os fins da pena, esses não podem ser cobertos pela reparação civil do dano²⁵³.

Diante disso, é possível constatar que, ainda que pensar a descriminalização de certas condutas seja algo premente e indispensável, principalmente frente à uma expansão na tipificação penal²⁵⁴, existem condutas as quais precisam manter-se sob a tutela do Direito Penal. Muito embora apresentem a possibilidade de receber uma solução menos

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". **Revista del poder judicial**, Madrid, n. 45, p. 183-202, 1º trim. 1997, p. 200-201. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123214. Acesso em: 8 dez. 2021.

²⁵² PALERMO, 2010, p. 104.

²⁵³ Ibidem, p. 194-195.

²⁵⁴ Segundo Vinicius Vasconcellos, "a supervalorização de mecanismos negociais como a colaboração premiada sob a justificativa de aceleração da justiça criminal para enfrentamento de sua crise oculta a necessidade de questionamento crítico à crescente expansão do controle social por meio do Direito Penal, restando claro que a ilusão de que a imposição rápida de sanções resolverá os problemas sociais impede o enfrentamento sério e comprometido de suas causas reais". VASCONCELLOS, Vinicius. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 268. Assim, partindo-se de tal raciocínio, é válido pontuar, também, que a reparação do dano penal deve ser analisada sempre com cautela, para que não fique de lado a discussão sobre a necessidade de descriminalizar determinadas condutas.

gravosa em relação à pena, por meio de acordos consensuais que podem prever determinadas medidas a serem cumpridas pelo acusado, tal qual a reparação do dano.

Por outro lado, constata-se condutas para as quais a pena ainda parece ser a medida mais adequada²⁵⁵. Pois, nos casos em que o desvalor social da conduta e a gravidade da violação ao bem jurídico são tamanhos, não haveria a dispensa da intervenção estatal por meio da pena privativa de liberdade. Isso porque, de acordo com Rafael Serra Oliveira, embora haja sérias críticas à prisão, para alguns delitos, ainda não se encontrou alternativa para atender às exigências de prevenção geral positiva relacionadas à conduta²⁵⁶.

Para mais, segundo Hassemer, ocasionalmente surge a pergunta: “a pena deve existir?”. E, caso disso se trate, poder-se-ia perguntar, igualmente, se deve existir o clima e, com ambas as coisas, a pena e o clima, vivemos, as vezes melhor, as vezes pior, e a pergunta acerca de sua supressão segue sendo formulada e irá seguir por algum tempo²⁵⁷.

À vista disso, de acordo os ensinamentos de Julio B. Maier, o ambiente em que a reparação pode desempenhar um papel proeminente afasta-se daqueles crimes graves, que evidenciam o exercício da violência ou ameaça. Cujos crimes são esses, sem a pretensão de se referir a todos, que mantêm viva a ideia retributiva da pena, mesmo integrando critérios preventivos-gerais ou especiais²⁵⁸²⁵⁹.

²⁵⁵ Consoante Silva Sánchez, quanto à realidade da expansão do Direito Penal e a coexistência de “vários Direitos Penais distintos”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas, já não é mais possível voltar atrás. Assim, considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão. Isso tem duas consequências, por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

²⁵⁶ OLIVEIRA, 2015, p. 107.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 16.

²⁵⁸ MAIER, Julio B. J. ¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal? *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo; GÓMEZ, Alfonso Serrano; LIFSCHITZ, Sergio Politoff; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (org.). **El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004b, p. 217.

²⁵⁹ “Naturalmente há delitos que não são suscetíveis de reparação como o homicídio e dos delitos de violência brutal. Aqui um castigo é imprescindível. Nos delitos mais graves os esforços de reparação podem gerar um efeito de atenuação da pena”. ROXIN, 1999, p. 11.

As discussões ora apresentadas demonstram a importância e a complexidade de discutir-se a reparação do dano no âmbito criminal, tema este que ainda é objeto de críticas e demanda análises, bem como debates no sentido de, como feito, buscar identificá-lo com finalidades que devem ser atingidas pelo Direito Penal e Processo Penal.

Para Roxin, por exemplo, a reparação é uma terceira via, uma nova forma de sanção que aparece, independentemente, ao lado das penas e das medidas de segurança, e a sua autonomia reside no fato de que não pode ser imposta ao autor de uma maneira que só o permita aceitá-la ou suportá-la com resignação, porque, ao contrário, ele precisa assumir a responsabilidade e colaborar ativamente para restabelecer a paz social perturbada²⁶⁰.

Roxin pontua, ainda, que considerar a reparação no sistema de sanções não significa uma ‘reprivatização’ do Direito Penal, pois, constitui, na verdade, um benefício autônomo que pode servir para atingir as finalidades tradicionais da pena, para que, na medida, substituam ou atenuem a pena²⁶¹.

Já Silva Sánchez entende que a reparação não constitui um novo fim do Direito Penal, mas que esta é assumida quando contribui para o cumprimento dos fins tradicionais do Direito Penal. Trata-se de uma terceira via para contribuir com a proteção e pacificação social através da prevenção, sendo que tais fins se cumprem mediante mecanismos diversos²⁶².

Acrescente-se ainda que, para Julio B. Maier, a reparação é uma alternativa racional²⁶³ na solução dos conflitos sociais e pode render frutos como um caminho para substituir a reação criminosa do Estado como uma “mudança de rumo”, para substituir a pena ou resolver o conflito com economia de esforço do Estado²⁶⁴.

²⁶⁰ ROXIN, 1999, p. 13.

²⁶¹ Ibidem, p. 154.

²⁶² SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 199.

²⁶³ “Sendo o ordenamento um sistema, e estando a política criminal intimamente vinculada à dogmática jurídico penal, não somente as formas de pena e de execução de pena devem ser pensadas para alcançar os fins do direito penal instrumentalizados pela aplicação da sanção em si, mas benefícios penais devem ser pensados e instituídos sob tal premissa, e racionalmente aplicados, senão para estimular o voluntário comportamento conforme ao direito de infratores – como um comportamento pós delitivo positivo – então para de alguma forma reconhecer o esforço do sujeito em se adequar à norma”. MACHADO, 2018, p. 101.

²⁶⁴ MAIER, 2004b, p. 229-230.

Por conseguinte, à vista dos pontos abordados, é possível constatar que, embora trata-se de instituto próprio do direito privado, há muito é uma realidade no contexto criminal. Pois, ainda que existam críticas acerca da aplicação da reparação penal, esta segue sendo uma alternativa menos gravosa ao autor, à vítima, à sociedade e, por conseguinte, à Administração da Justiça. Além disso, ao que indicam as discussões ora abordadas, verifica-se uma tendência de ampliá-la ainda mais na atribuição da resposta ao conflito penal.

Outrossim, dentre as razões que justificam a reparação penal nos delitos de média gravidade, encontra-se a possibilidade de contribuir para a restauração da paz jurídica perturbada com o crime, restabelecendo-se o *status quo*, quando possível, ou ainda, uma solução próxima, mas que contribua da mesma forma para que os envolvidos no conflito identifiquem uma resposta satisfatória.

Em suma, como visto, a reparação penal pode ser aplicada de diferentes formas no contexto penal material ou processual, e para cada uma dessas possibilidades, tem de estabelecer-se reflexões sobre a sua coadunação com o que se pretende junto da seara penal, a fim de justificar-se a continuidade de tal aplicação.

2.4 A REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

De acordo com as descrições já expostas há necessidade de atribuir-se maior importância à vítima; evitar que o acusado sofra as agruras do processo penal; reestabelecer-se a paz jurídica perturbada; e, por fim, buscar alcançar mais eficiência à Administração da Justiça Criminal. Assim, o artigo 28-A, inciso I, do CPP, exige, dentre outros requisitos, que o acordo de não persecução penal possa ser celebrado de modo que haja a reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo. Critério que, segundo Rogério Sanches Cunha, vem na linha de outros instrumentos despenalizadores que prestigiam a vítima²⁶⁵, e que, de acordo com Rodrigo Cabral, talvez seja uma das condições mais importantes do ANPP, uma vez que dá voz e vez à vítima no processo penal²⁶⁶.

²⁶⁵ CUNHA, Rogério Sanches, 2020, p. 130.

²⁶⁶ CABRAL, 2021, p. 149.

À vista disso e considerando o que já foi abordado acerca da reparação do dano, evidencia-se necessário estabelecer certas reflexões sobre sua aplicação, especificamente, no ANPP, a fim de verificar se tal condição coaduna-se com pontos já tratados anteriormente e, que refletem finalidades penais, bem como certos benefícios os quais poderiam ser atingidos por essa forma de solução negociada²⁶⁷, que indica uma resposta menos gravosa e problemática em relação à pena²⁶⁸.

Tratando-se, inicialmente, de questões atinentes ao acusado, a celebração do acordo de não persecução penal, que, como dito, dependerá, salvo impossibilidade, da reparação do dano, impedirá a própria persecução penal²⁶⁹. Uma vez que o Ministério Público, amparado na homologação do acordo, não promoverá a ação penal²⁷⁰, não incorrendo na aplicação de uma pena.

Sobre esses pontos, encontram-se as razões que podem ser suficientes para que o acusado empreenda os melhores esforços com intuito de cumprir a condição de reparação referente ao dano decorrente de sua conduta. E, ao operacionalizar a reparação, este terá que considerar, internamente, o mal que causou à vítima diretamente, e à coletividade em

²⁶⁷ “A grave crise que atravessa o sistema de justiça penal na atualidade é consenso entre os juristas. O modelo atual não protege satisfatoriamente as garantias do investigado, não é capaz de recuperar o infrator e falha na finalidade de prevenção geral e especial, fatores que conjugados transmitem à sociedade um sentimento generalizado de descrédito na celeridade e efetividade da justiça”. OLIVEIRA, 2015, p. 11.

²⁶⁸ “Afim, a mais severa de nossas atuais sanções, a pena privativa de liberdade, que dominou o cenário das penas nos países europeus desde a abolição dos castigos corporais, tem seu ápice bem atrás de si, e vai retroceder cada vez mais. Isto tem duas razões. Em primeiro lugar, quanto mais aumentarem os dispositivos penais e, em consequência deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade. As instituições carcerárias e também os recursos financeiros necessários para uma execução penal humana estão muito aquém do necessário”. ROXIN, 2006, p. 18.

²⁶⁹ José Daniel Cesano aponta que entre os modelos em que a reparação tem um papel condicionante no exercício da ação penal, está a previsão do parágrafo 167 do Código Penal Austríaco; o autor pode evitar a pena em praticamente todos os delitos patrimoniais cometidos sem violência, se ele, sem ser obrigado a isto, realiza uma reparação completa antes que sua responsabilidade seja conhecida pelo órgão encarregado da persecução penal. Acrescente-se, ainda segundo Cesano, que a Lei nº 24.316 incorporou no Código Penal argentino o instituo da suspensão do processo, quando o acusado oferece a reparação do dano, sem que isso implique confissão ou reconhecimento da responsabilidade civil correspondente, e o juiz decide sobre a razoabilidade do oferecimento e a vítima pode aceitar ou não a reparação. CESANO, 2001, p. 508-523.

²⁷⁰ Renato Brasileiro de Lima pontua que as condições que deverão ser cumpridas em decorrência do acordo, não são penas, justamente porque falta uma das características fundamentais de toda e qualquer pena, qual seja, a imperatividade, pois em se tratando de pena o Estado pode impor coercitivamente o seu cumprimento, pouco importando a voluntariedade do condenado, enquanto que no ANPP o investigado voluntariamente se sujeita à certas condições não privativas de liberdade, que se cumpridas esvaziam o interesse processual no manejo da ação penal. LIMA, 2020, p. 230.

geral. Bem como, também, o acusado terá que enfrentar as consequências causadas pelo crime, ao buscar os meios necessários para garantir a reparação adequada. Com isso, existe a possibilidade de construir-se uma consciência dos efeitos pessoais e sociais danosos que decorreram da prática criminal, como já apontado por Roxin anteriormente²⁷¹.

Pois, de acordo com Julio A. Rodríguez Delgado, no processo em que se alcança a reparação, gera-se no sujeito ativo uma consciência de seu atuar ilícito, e, portanto, repara-o, e, produzindo-se a reinserção quase que imediata na sociedade, efeito que não é gerado com uma pena privativa de liberdade²⁷².

Por conseguinte, a condição da reparação do dano no ANPP não se restringiria à um simples 'pagamento', um mero ressarcimento de valores, uma vez que, para se chegar a este pagamento, o autor terá que se deparar com os efeitos danosos de sua conduta, como com os prejuízos suportados pela vítima.

Além do citado, por outro lado, tal enfrentamento interno e externo salvaguardará-lhe de sofrer os reflexos que podem decorrer apenas de responder à uma ação penal, pois, como ensina Carnelutti: o processo por si só é uma tortura²⁷³. Dessa forma, se cumpridos os termos acordados, que não correspondem à aplicação de uma pena, ao final, ter-se-á extinta a punibilidade (art. 28-A, §13, do CPP), não havendo, portanto, antecedentes criminais com toda a carga depreciativa que lhe é intrínseca.

Dessa maneira, verifica-se que, para o acusado que preenche os requisitos para a celebração do ANPP, haverá benefícios do ponto de vista pessoal, psíquico e também social, ao empreender os melhores esforços para reparar o dano à vítima. Logo, retornando-se o *status quo*, ou, como já mencionando, tentando proporcionar uma reparação que, ainda que não retorne à situação ao estado anterior, possa, da mesma maneira, ser considerada suficiente e satisfatória.

Contudo, não se pode perder de vista que o ANPP é um acordo, faz parte da Justiça Penal Negocial, e, portanto, as definições atinentes à reparação do dano não podem ser impostas pelo Ministério Público. É preciso haver de forma efetiva uma negociação entre

²⁷¹ ROXIN, 1999, p. 10.

²⁷² DELGADO, 1998, p. 34.

²⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Conan: São Paulo, 1995, p. 46.

este e o acusado, pois o espaço negocial contribuirá para que se alcance um efeito preventivo especial, dado que, através do consenso, o investigado poderá reconhecer a importância da reparação, devolvendo-se, na medida do possível, o cenário ao estado anterior.

Tal situação, segundo Julio B. Maier, é uma proposição política racional²⁷⁴, já que a restituição ao *status quo* pode ser, às vezes, impossível. Nesse sentido, a vítima e o agente ainda podem concordar que a satisfação se concretize por meio de um benefício distante do dano original, mas que represente uma satisfação em justa medida ao interesse da vítima²⁷⁵.

Por conseguinte, o ANPP deve ser firmado a partir de um espaço no qual tenham sido oportunizadas reflexões e apontamentos pelas partes, acerca da melhor forma de definir-se a reparação do dano, para que, no contexto negocial, o acusado possa construir uma consciência em relação ao mal causado. De modo efetivo, comprometer-se com a restauração da paz jurídica perturbada, pois, apenas assim, a reparação não será uma mera imposição privada de um *quantum* indenizatório.

Outrossim, somente a partir de uma efetiva negociação poder-se-á concluir pela impossibilidade de o acusado promover a reparação do dano, pois das tratativas é que ficarão demonstradas as suas reais possibilidades²⁷⁶. O artigo 28-A, inciso I do CPP, prevê que a reparação é condição obrigatória para o acordo, salvo a impossibilidade de fazê-lo, isto é, demonstrando-se que o acusado não possui condições para promover a reparação, dessa forma, tendo buscado fazê-lo, não poderá ocorrer óbice para a realização do acordo²⁷⁷.

Sob esse ponto, como alternativa para o caso de o autor não ter condições financeiras de reparar o dano em dinheiro, Roxin defende que se pode prever uma reparação por meio de prestações laborais, dessa maneira, os benefícios da reparação

²⁷⁴ MAIER, 2004, p. 226.

²⁷⁵ Ibidem, p. 229.

²⁷⁶ “Desse modo, deverá o investigado cumprir ou indicar elementos de informação bastante robustos que comprovem essa impossibilidade, não sendo suficiente a mera alegação de dificuldades financeiras”. CABRAL, 2021, p. 153.

²⁷⁷ Rogério Sanches Cunha exemplifica que, assim como na suspensão condicional do processo o acusado tem a possibilidade de não ter o benefício revogado, caso comprove motivo justificado para a não reparação do dano, tal fator não seria preemptivamente impeditivo da realização do acordo. CUNHA, Rogério Sanches, 2020, p. 131.

poderiam ser aplicados amplamente e sem injustiças sociais²⁷⁸. Nesta linha, as previsões do artigo 28-A do CPP, já estão de acordo, de certa forma, com o proposto por Roxin, pois, ainda que o acusado não possa reparar o dano, este poderá cumprir outras medidas como a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, conforme previsto no inciso III do referido artigo.

Acerca de tal questão, é válido destacar a importância de que a prestação de serviço tenha relação, sempre que possível, com o crime imputado. Pois, de acordo com Militello *et al.*, tratando especificamente da Lei nº 9.099/95, um aspecto fraco é que muitos dos acordos nos casos, por exemplo, de crimes ambientais resolvem-se com soluções que não dizem respeito ao meio ambiente, o infrator concorda com a proposta de suspensão do Ministério Público, assumindo o ônus de prestar serviços em uma creche, e esta ação, por mais nobre que seja, nada tem a ver com a restauração do dano ambiental²⁷⁹.

Outro aspecto relevante acerca da reparação penal, como já demonstrado, diz respeito ao reconhecimento da importância da vítima²⁸⁰, que há muito ficou esquecida quando o Estado verticalizou, chamando para si, a solução da questão criminal. Desse modo, a reparação quanto ao dano no ANPP deve ser voltada à vítima, que, segundo Hassemer, aparece não como uma simples figura de papel, mas, sim, como uma pessoa viva, cujos legítimos interesses devem ser considerados²⁸¹, buscando-se reconhecer a sua importância.

Assim, de acordo com Rodrigo Cabral, aqueles que ostentam a característica de vítimas, devem ter sido atingidos por práticas delitivas que tenham gerado danos materiais ou morais, individuais ou coletivos, que devem abranger dano físico, mental, emocional e perda econômica ou dano pela privação de direitos violados²⁸². Sendo que

²⁷⁸ ROXIN, 1999, p. 12.

²⁷⁹ MILITELLO *et al.*, 2020, p. 396.

²⁸⁰ “Em linhas gerais, as tendências doutrinárias modernas tendem a uma potencialização do papel da vítima, reconhecendo um papel mais ativo e de maior capacidade de decisão”. PALERMO, *op. cit.*, p. 196. “Existe uma necessidade de eliminar a pena privativa de liberdade naqueles casos em que a reparação é capaz de satisfazer a vítima do delito, já que os efeitos são muito perversos e não cumpre as funções que manifestamente tem”. DELGADO, 1998, p. 31.

²⁸¹ HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Cond y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 110.

²⁸² CABRAL, 2021, p. 151.

para a avaliação dos referidos danos é importante que a vítima possa ser ouvida e tenha a oportunidade de expor a sua percepção a respeito do delito que contra ela foi praticado.

No entanto, nas disposições do artigo 28-A do CPP, nada consta acerca da participação da vítima na negociação quanto à reparação, pois, nos termos do §9º daquele artigo, a vítima será intimada da homologação do acordo e de seu descumprimento, logo, não há previsão expressa sobre o seu envolvimento nas fases de negociação.

Ainda conforme o descrito em momento anterior, é preciso considerar que a vítima tenha um papel relevante na busca negocial, com intuito de ser incorporado ao contexto a restauração da paz jurídica, a qual foi perturbada com a prática do crime.

Pois, como mencionado por Bernd Schünemann, embora seja um erro dar à vítima a posição de parte ou próxima a ela no processo penal tradicional que leve à imposição de uma pena criminal em sentido estrito²⁸³, modifica-se ao pensar, por exemplo, na substituição da pena pela reparação do dano²⁸⁴ (o que guardadas as diferenças não é o caso do ANPP, pois não se aplica pena e a reparação do dano não é a única condição).

Contudo, ainda posto isso, o raciocínio desenvolvido por Schünemann é válido, pois, afinal, a reparação pode ser melhor definida caso realizada em cooperação com a vítima²⁸⁵, uma vez que, segundo Rodrigo Cabral, a vítima pode auxiliar o membro do Ministério Público de modo a identificar como deverá ser feita a reparação, mesmo porque o ofendido é diretamente interessado nesse tema²⁸⁶.

Além disso, de acordo com Rafael Serra Oliveira, a participação da vítima na resolução do problema pode levar ao perdão, o que para o ofensor (psicologicamente) é muito importante para reconstrução da imagem que tem de si. A aliança desses fatores positivos pode refletir em uma menor estigmatização do desviante, dificultando a sua dessocialização, o que pode auxiliar na diminuição das taxas de criminalidade e reincidência²⁸⁷.

²⁸³ “Atualmente a vítima está “neutralizada” e no lugar da compensação e acordo entre o autor do crime e o lesionado aparece a ação penal pública. As possibilidades de intervenção da vítima no processo penal são muito reduzidas.” HASSEMER; CONDE, 1989, p. 29.

²⁸⁴ SCHÜNEMANN, 2008, p. 12.

²⁸⁵ Ibidem, p. 13.

²⁸⁶ CABRAL, 2021, p. 152.

²⁸⁷ OLIVEIRA, 2015, p. 170.

Outrossim, Hassemer menciona que a reparação à vítima não significa apenas a reposição material do dano causado, existe também a reabilitação da pessoa lesionada e a reconstrução da sua dignidade pessoal, que é o traço inequívoco da linha entre um comportamento justo ou injusto. Dessa forma, a constatação ulterior para a vítima de que, efetivamente, foi uma vítima e não um delinquente e, tampouco, protagonista de um simples acidente²⁸⁸²⁸⁹.

Dessa forma, com base em tais considerações, constata-se que existem razões para se repensar a forma de negociação do ANPP no que diz respeito à participação da vítima, tendo em vista a relevância de construir-se uma solução que decorra da composição entre a vítima e o causador do dano. Pois, segundo Julio B. Maier, para que a reparação seja uma meta racional, esta não pode provocar uma nova expropriação dos direitos da vítima na resolução do conflito.

Por isso, as vias de ingresso da reparação no sistema penal devem ser pensadas, ainda conforme Julio B. Maier, cuidadosamente, para que não sejam frustrados seus objetivos principais, os quais seguem: auxiliar realmente a vítima e reduzir a violência da reação estatal frente ao delito²⁹⁰.

Sendo que, de acordo com Roxin, a grande força de fascinação de pensar-se um modelo de reparação do dano consiste no fato de que a reparação proporciona uma situação pouco comum, em que se convergem os interesses da vítima e do autor²⁹¹. Portanto, para que tal conversão aconteça, a vítima precisa ter parte na negociação do ANPP.

Outro ponto que merece reflexão sobre a reparação do dano no acordo de não persecução penal, é que, ao buscar, determina-se o conteúdo da reparação, é preciso defini-lo de forma proporcional à lesão suportada pela vítima²⁹². Isso porque, Hassemer,

²⁸⁸ HASSEMER, 1999, p. 110.

²⁸⁹ De acordo com Beltrán Calfurrapa, constitui praticamente um lugar comum de que o dano que a vítima experimenta pelo delito não se esgota, necessariamente, com a lesão ou com o perigo aos bens jurídicos protegidos pelas normas penais, pois se estende e se projeta também em uma dimensão imaterial e pessoal, muitas vezes imperceptível, mas duradoura, que muitas vezes desencadeia condições progressivas para o ofendido pelo delito. BELTRÁN CALFURRAPA, 2019, p. 150.

²⁹⁰ MAIER, 2004b, p. 226.

²⁹¹ ROXIN, 1999, p. 8.

²⁹² Segundo Rogério Sanches Cunha, certamente haverá discussão sobre o ajuste abrangente (ou não) o dano moral, sendo que para uma corrente, o dano moral, por guardar íntima relação com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, não encontraria no processo penal o *locus* adequado para debate. Para

ao tratar de sanções, indica que a sanção não é unicamente a imposição de um mal, é, antes de tudo, a resposta à lesão de uma norma e deve manter um equilíbrio com o dano causado, de modo que não pode superar a intensidade da lesão causada à norma, nesse caso, esta deve ser proporcional à esta, equitativa²⁹³.

Note-se que as questões mencionadas representam alguns exemplos de discussões que devem ser feitas em relação à reparação do dano no acordo de não persecução penal, e, como tais, demonstram a complexidade e necessidade de tratar-se desse ponto específico do novel instituto penal negocial brasileiro, que, ainda com pouco tempo de vigência, será objeto de muitas discussões.

Ademais, mesmo que a reparação do dano não seja a única condição para a realização do ANPP, mostra-se preciso avançar nos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca de tal exigência. Considerando, inclusive, problemas práticos que serão identificados ao longo dos próximos anos com a aplicação do acordo. Pois, como Julio B. Maier alerta, alguns preveem para um futuro a substituição do castigo pela reparação, com a substituição do processo penal pela composição privada do conflito²⁹⁴,

outros, com os quais o jurista concorda, embora reconhecendo-se a dificuldade de estabelecer o *quantum*, não afastam, de plano, essa possibilidade, dependendo da cuidadosa análise do caso concreto, da gravidade do ilícito, da intensidade do sofrimento, da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Por fim, pontua que, na seara da Justiça Penal Negocial tais dificuldades ficam quase que superadas, pois o valor a título de dano moral será discutido com a efetiva participação do ofensor. CUNHA, Rogério Sanches, 2020, p. 130. Renato Brasileiro de Lima entende que como o dispositivo não faz qualquer restrição, parece possível a reparação de qualquer espécie de dano, seja ele material, moral, estético, etc. LIMA, 2020, p. 231. Cerezo Mir pontua que a reparação do dano causado à vítima não deve ser interpretada apenas no sentido material (a reparação do objeto danificado, o pagamento de uma determinada quantia, a restituição de um objeto roubado, ou a prestação de algum serviço ou obra), mas também no sentido moral. A reparação do dano vai além, portanto, do mero cumprimento da responsabilidade civil. O esforço reparatório deve ser considerável, entretanto, em relação aos danos causados e às possibilidades do sujeito ativo. MIR, 2007, p. 1015-1016. Acrescente-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp 1.585.684-DF, que o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, no momento de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, pode, sentindo-se apto diante de um caso concreto, quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, desde que fundamente esta opção. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.585.684/DF. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Joaquim Gomes da Costa. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF, 09 de agosto de 2016.

²⁹² “[...] tem ela de representar uma verdadeira “expição” (Sühne), esperando eu que exista uma tradução adequada da palavra alemã”. SCHÜNEMANN, p. 15.

²⁹³ HASSEMER, 2003, p. 14.

²⁹⁴ MAIER, 2004, p. 215-216.

por isso é preciso, desde já, atribuir à reparação do dano a atenção que lhe é devida, para que esteja assente nas bases estruturais do âmbito criminal²⁹⁵.

Portanto, a negociação criminal e a reparação penal do dano, ainda que com muitas críticas, são, há tempos, realidade no cenário criminal brasileiro, e não demonstram retroceder. Pelo contrário, verifica-se, cada vez mais, uma tendência de expansão, por isso é basilar considerá-las a partir dos alicerces que sustentam o contexto criminal.

²⁹⁵ “Se deve buscar mudar a visão que socialmente nos foi imposta, de que todo ilícito termina em punição, unicamente através da pena de prisão. Deve-se produzir lentamente uma mudança de términos punitivos para términos reparatórios, e, dessa forma, reduzir a violência na sociedade, em busca de um sistema penal mais eficiente e com respostas mais humanas e efetivas aos problemas de natureza social, sem perder o seu caráter fragmentário e de *ultima ratio*”. DELGADO, 1998, p. 42.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DA REPARAÇÃO DO DANO

Como visto, a Justiça Penal Negocial faz parte da realidade jurídica brasileira, e, notadamente, com o acordo de não persecução penal, houve significativa ampliação dos espaços de negociação acerca de condutas criminais. Nesse contexto, dentre tantos pontos inseridos no cenário negocial, está a condição da reparação do dano no ANPP, que, conforme já abordado, pode se coadunar com o âmbito criminal e contribuir, ao lado de outras medidas, para que – de forma menos gravosa – aconteça a restauração da paz jurídica perturbada com o crime.

Ocorre que, além do exame já realizado acerca da reparação, é preciso analisá-la, também, sob a perspectiva econômica, de modo a verificar se é possível alcançar eficiência por meio dessa condição do acordo de não persecução penal. Isso porque os institutos jurídicos, inclusive os penais e processuais penais, devem, igualmente, ser examinados sob o viés econômico, pois não estão apartados do contexto social e econômico em que são aplicados. No entanto, considerando-se que a relação entre Direito e Economia, embora necessária, deva ser feita com cautela, faz-se basilar verificar a consonância da eficiência reparatória com a seara criminal.

Sendo do modo descrito, com base no pressuposto de que a reparação do dano pode ser aplicada ao âmbito criminal, tratar-se-á do referido instituto a partir de exame econômico, utilizando-se, para tanto, de noções da Análise Econômica do Direito, cujo exame será conjugado, posteriormente, com princípios que não podem ser desconsiderados, especialmente, quando da aplicação de instrumentais econômicos ao contexto jurídico penal.

3.1 NOÇÕES ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EFICIÊNCIA

Consoante abordado no início da presente dissertação, o Direito e a Economia não podem ser pensados como se estivessem localizados em ilhas incomunicáveis, pelo contrário, é necessário que ambas as áreas mantenham uma relação interdisciplinar. Pois, de acordo com Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, deve haver uma aproximação

entre as duas correntes teóricas, quer pela justificativa da estabilidade econômica, imprescindível para um sistema legal eficiente, quer por meio da estabilidade das normas e do respeito aos contratos, fundamentais no desenvolvimento econômico²⁹⁶.

E nessa relação entre Direito e Economia, a escola da Análise Econômica do Direito, doravante denominada AED, intenta contribuir para soluções jurídicas eficientes. Abordar-se-á noções contextuais acerca da AED, sem, contudo, pretender exaurir o tema.

Pontua-se, inicialmente, que, segundo Ejan Mackaay, muitas das etapas iniciais para elevar o Direito e a Economia ocorreram na Universidade de Chicago a partir de 1958 com o *Journal of Law and Economics*²⁹⁷, que se tornou o principal veículo para os economistas publicarem seus trabalhos²⁹⁸. Sendo que uma das primeiras e mais importantes publicações foi a de Ronald Coase²⁹⁹, em 1960³⁰⁰, intitulada “*O problema do custo social*”.

Ronald Coase tornou-se um dos principais expoentes da AED³⁰¹ e por meio do referido artigo – ora abordado de forma simplificada – apontou questões importantes que

²⁹⁶ PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 08.

²⁹⁷ De acordo com Cristiane de Oliveira Coelho, Aaron Director é tido como o primeiro relevante personagem a fazer a ligação interdisciplinar entre Direito e Economia na Universidade de Chicago; na década de cinquenta tornou possível a implantação do primeiro programa especificamente voltado à análise econômica do Direito nos Estados Unidos, e, em 1958, fundou o *Journal of Law and Economics*. COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers**, UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, p. 01-24, 2007, p. 4. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd#author>. Acesso em: 14 nov. 2021.

²⁹⁸ MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law System**. Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 19.

²⁹⁹ Ronald Coase ganhou o prêmio Nobel de Economia em 1991.

³⁰⁰ Anteriormente, em 1937, Ronald Coase já havia publicado importante trabalho - “*The Nature of the Firm*”.

³⁰¹ Como pontuam Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, a origem da discussão contemporânea de Direito e Economia encontra-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, sendo que o primeiro, em síntese, demonstrou como a introdução dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos. Já Guido Calabresi, demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, inserindo expressamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões. E Trimarcchi tratou de ajustar o direito continental europeu, especificamente ao italiano, as regras para o sistema consuetudinário, demonstrando a possibilidade de adotarem-se critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (organ.). **Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 17 (PDF).

devem ser consideradas a fim de que se possa atingir soluções jurídicas eficientes e economicamente racionais³⁰².

A título de exemplo, de acordo com as lições de Coase, sob uma perspectiva tradicional quando A causa um dano a B, a solução resume-se à coibição do referido dano. Contudo, sob um panorama de análise econômica, deve-se considerar que o problema é de natureza recíproca, isto é, se o dano que é causado por A para B for coibido, e, embora se resolva o problema de B, gerar-se-á um dano para A, o que demandaria, então, a análise dos danos recíprocos entre A e B, a fim de verificar qual seria o maior e mais sério dano e, assim, o modo de evitá-lo³⁰³.

Isso porque, caso as transações ocorressem sem custos, apenas importaria bem definir os direitos das partes, no entanto, são custosas³⁰⁴ e produzem efeitos econômicos que precisam ser considerados pelas Cortes ao decidirem. Pois, uma vez que os custos das transações³⁰⁵ são levados em conta, a realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la³⁰⁶. Por isso, segundo Coase, seria desejável que as Cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões³⁰⁷.

³⁰² “Pode-se afirmar com convicção que Coase mudou a maneira pela qual os advogados abordam as questões econômicas e institucionais em geral, assim como revolucionou como os economistas abordam o funcionamento do mercado e os contratos institucionais associados a eles”. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org.). **Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019, p. 357-365, p. 357.

³⁰³ COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, article 9, 2008, p. 1. (Obs. Este ensaio foi publicado no *Journal of Law and Economics* em outubro de 1960).

³⁰⁴ “Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual a pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas.” COASE, 2008, p. 12.

³⁰⁵ Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, os custos de transação são os custos de trocas/negociação, os custos para encontrar um parceiro que queira comprar o que você está vendendo ou que queira vender o que você pretende comprar, custos de barganha, de elaboração de um acordo e os custos de execução do acordo, que envolve o monitoramento, as sanções para as violações. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 5th ed. United States of America: Pearson Education, 2008, p. 91-92. De acordo com Márcia Carla e Vinicius Klein, são os custos para encontrar o que se precisa no mercado, para obter as referências sobre o parceiro comercial que se apresenta, custos para a elaboração dos contratos, de monitoramento de seu cumprimento e custos para se fazer cumprir coercitivamente os pactos negligenciados. RIBEIRO; KLEIN, 2019, p. 358.

³⁰⁶ COASE, op. cit., p. 13.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 15.

Por conseguinte, dentre as lições de Coase, encontra-se o fato de que a solução para o problema (quando se lida com atividades que causam efeitos prejudiciais) não é simplesmente coibir os responsáveis por elas. Nesse contexto, deve-se verificar se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse dano³⁰⁸. E tal análise teria que ser considerada pelas Cortes, comparando-se o que se ganharia e o que se perderia com a proibição das atividades-fonte de efeitos prejudiciais³⁰⁹.

Têm-se nessas lições – e outras – de Coase bases estruturais para o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, que também recebeu contribuições importantes de Richard Posner³¹⁰. Por exemplo, como a obra *Economic Analysis of Law*, publicada em 1972, que já no início destaca que muitos advogados pensam que a Economia é o estudo da inflação, do desemprego, e de outros fenômenos macroeconômicos. E, que ainda segundo Richard Posner, estaria longe das preocupações do dia-a-dia do sistema jurídico. Quando, na verdade, para Posner, o domínio da

³⁰⁸ “Se os fatores de produção são pensados como direitos, torna-se mais fácil compreender que o direito de fazer algo que gera efeitos prejudiciais (tais como a emissão de fumaça, barulho, odores, etc.), é, também, um fator de produção. Da mesma forma que podemos usar um pedaço de terra de modo a evitar que as pessoas o atravessem ou estacionem seus carros, ou construam suas casas sobre o mesmo, nós podemos usá-lo de modo a denegá-las uma vista, ou o silêncio, ou um ar não-poluído. O custo de exercer um direito (de usar de um fator de produção) é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito – a incapacidade de cruzar a terra, estacionar o carro, construir uma casa, gozar de uma vista. Tem-se que levar em conta dos custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais, bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total”. COASE, 2008, p. 36.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 22.

³¹⁰ Bruno Salama aponta que no final dos anos de 1970, Posner propôs que o critério de eficiência poderia ser a pedra de toque para a formulação e interpretação do direito, foi criticado, defendeu-se como pôde, até finalmente abandonar a tese (p. 436). Em síntese, a teoria da justiça “eficientista” de Posner se resume à ideia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade (p. 448). Em 1985 Posner publicou um artigo denominado “*Wealth Maximization Revisited*”, quando iniciou um processo de reconsideração de sua posição (p. 471). Em 1990 com a publicação de “Problemas de Filosofia do Direito”, Posner abandonou a defesa da maximização da riqueza como fundação ética do Direito (p. 25). Assim, Posner passou a defender uma noção bastante particular de pragmatismo jurídico, que seria uma espécie de “practicalismo”, uma “arte” de aplicar e formular o direito sem fundações filosóficas (p. 475), sendo que a missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável, sopesando as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente; deve defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes, de modo que a eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras (p. 477). SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Universidade de Lisboa, v. 1. n. 1., p. 435-483, 2012.

Economia apresenta-se muito mais amplo, pois é a ciência da escolha racional no mundo em que os recursos são limitados em relação aos desejos humanos³¹¹.

Diante disso, de acordo com Posner, a Análise Econômica busca explicar e prever os comportamentos das pessoas regulados pela lei, de modo a melhorá-la apontando os aspectos presentes naquelas existentes, ou mesmo, indicando as consequências indesejáveis em determinadas propostas, seja sob o ponto de vista da eficiência econômica, na distribuição de renda e riqueza, ou em outros valores³¹².

É frente ao contexto citado que, segundo Ejan Mackaay, rapidamente as Universidades dos Estados Unidos integraram a abordagem da análise econômica em seus currículos³¹³. Cujos debates os quais foram sendo desenvolvidos abriram portas para diferentes concepções da Análise Econômica do Direito, assim como: os institucionalistas e neoinstitucionalistas³¹⁴; e, a abordagem de direito e economia comportamental³¹⁵, as quais não levaram à dispersão do movimento³¹⁶, pois, hodiernamente, a AED está sendo aplicada e discutida em todas essas vertentes³¹⁷.

³¹¹ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Aspen Case Book Series, 1986, p. 3.

³¹² POSNER, Richard. Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law. **John M. Olin Law & Economics**, University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper, Chicago, p. 1-15, 1998, p. 2.

³¹³ MACKAAY, 2013, p. 21.

³¹⁴ Para Douglass North, as instituições – formais e informais - são as regras do jogo numa sociedade, e as organizações, formadas por grupos de indivíduos que se mantém juntos por objetivos em comum, como as organizações econômicas (firmas, cooperativas, etc.), organizações políticas (partidos políticos, órgãos reguladores, etc.), organizações educacionais (escolas, universidades, etc.), são os jogadores. Vide: NORTH, Douglass. Institutions and the Performance of Economies Over Time. *In*: MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. **Handbook of New Institutional Economics**. Berlin: Springer, 2005, p. 21-30. Vide: CAVALCANTE, Carolina Miranda. A economia institucional e as três dimensões das instituições. **Revista de Economia Contemporânea**, Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. 18, n. 13, p. 373-392, set./dez. 2014.

³¹⁵ Vide: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018. WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implication for liberty. **Northwestern University Law Review**, Northwestern University School of Law, v. 106, n. 3, 2012.

³¹⁶ MACKAAY, op. cit., p. 23-25.

³¹⁷ “Registra-se que a Escola da AED – jurisprudencial e doutrinariamente – não se apresenta de forma homogênea, havendo diversas subdivisões internas, todas, contudo, a sustentar a necessidade de priorizar os critérios de eficiência na tomada de decisões jurídicas – tanto em relação à formulação de normas jurídicas legislativas como de decisões judiciais”. GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016, p. 94.

Contudo, embora a Análise Econômica do Direito esteja muito presente e exerça forte influência na legislação dos Estados Unidos da América, e, segundo Mariana Pargendler e Bruno Salama, ainda que haja uma “americanização do Direito”, a difusão do Direito e Economia avançou em ritmo mais lento no Brasil³¹⁸.

Posto isto, mesmo que se verifique avanços nos estudos, esta linha ainda está longe de ser dominante, pois, consoante Hugo A. Acciarri, o conteúdo e a localização da AED não costumam ser temas óbvios no ensino jurídico tradicional na Europa e na América Latina³¹⁹. Embora, as Cortes brasileiras estejam mostrando-se cada vez mais receptivas aos argumentos econômicos³²⁰.

No entanto, ainda que a AED não seja dominante no Brasil, tem sido considerada, em certas discussões acadêmicas e em situações na prática jurídica pátria, pelo que se faz importante avançar nesse cenário, inclusive no que diz respeito à aplicação da Análise Econômica ao âmbito criminal. Pois, bem como pontua Hugo A. Acciarri, não são o

³¹⁸ PARGENDLER; SALAMA, 2017, p. 39-74.

³¹⁹ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

³²⁰ Veja-se, por exemplo, que a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, introduziu o juiz das garantias no direito brasileiro. Contudo, não houve uma análise consequentialista *ex ante* por parte do legislador no que diz respeito a operacionalização e implementação do instituto a partir dos recursos disponíveis. À vista disso, o Ministro Luiz Fux, em decisão liminar na ADI nº 6.299, determinou a suspensão da aplicação enquanto não houver apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. De acordo com a referida decisão, a criação do instituto não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal no país, e a implementação causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incrementos dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação, a reestruturação e a redistribuição de recursos humanos e materiais, entre outros, que implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados. Tendo isto em consideração, verifica-se que o Ministro realizou uma análise ‘consequentialista’ ao decidir pela suspensão de aplicação do instituto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6299. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outro. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF, 22 de janeiro de 2020. Acrescente-se, Segundo Vladimir Passos de Freitas, que nas comarcas de uma Vara não será simples a vinda de um juiz de outra comarca. A título de exemplo, Boca do Acre, Estado do Amazonas, a 1.028 km de Manaus, 4 dias e 10 horas de barco, tem como comarca mais próxima Lábrea, cujo tempo estimado de viagem entre as duas cidades dura aproximadamente 21h41min, logo, não será muito simples o juiz de uma ir até a outra para atuar como juiz de garantias, além disso, poucos brasileiros sabem que em muitos locais na Amazônia não há internet e, portanto, processo eletrônico. Para mais, nos Tribunais há centenas de cargos vagos, seja porque nunca se aprova no número correspondente às vagas, seja porque o Tribunal não dispõe de previsão orçamentária para pagamento, só na Bahia há 493 cargos vagos de magistrado. FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em: 11 out. 2021.

dinheiro, o comércio ou a produção industrial os únicos interesses da Economia³²¹, que – atualmente – é muito maior e crescente, de modo que a teoria econômica também pode ser aplicada para situações que, a princípio, estariam fora do escopo da Economia³²², como é o caso da criminalidade, planejamento familiar, políticas públicas (mesmo de natureza não econômica)³²³.

Por isso, é basilar tratar de noções essenciais acerca da AED, pois, se as consequências empíricas de normas e decisões jurídicas importam, parece razoável explorar as ferramentas para predizer a influência do Direito na conduta dos indivíduos. E, se entre essas consequências, entende-se que a eficiência é um objetivo socialmente valioso, desse modo, é útil prever qual conjunto de condutas conduziu a essa meta³²⁴.

Nesse cenário, segundo Gico Júnior, a Análise Econômica do Direito:

[...] consiste na aplicação do instrumento analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia³²⁵ e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico³²⁶.

Nota-se meios para buscar-se a operacionalização de respostas jurídicas eficientes a partir de uma análise racional dos custos e benefícios³²⁷. Outrossim, consoante Ejan Mackaay, a AED não é um ramo do Direito, mas um método para entendê-lo através de

³²¹ “This limited interaction changed dramatically beginning in the early 1960s when the economic analysis of law expanded into the more traditional areas of the law, such as property, contracts, torts, criminal law and procedure, and constitutional law”. COOTER; ULEN, 2008, p. 2. Tradução livre: Essa interação limitada mudou drasticamente no início dos anos de 1960 quando a análise econômica do direito se expandiu para áreas mais tradicionais do direito, como direito de propriedade, contratos, direito penal e processual, e constitucional.

³²² “[...]. Se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão.” GICO JÚNIOR, 2011, p. 19.

³²³ ACCIARRI, 2014, p. 22-23.

³²⁴ Ibidem, p. 46.

³²⁵ “A microeconomia diz respeito às decisões que são feitas pelos indivíduos e pequenos grupos, como famílias, clubes, firmas e agências governamentais. [...] oferece uma teoria geral sobre como as pessoas tomam decisões.” COOTER; ULEN, op. cit., p. 15.

³²⁶ GICO JÚNIOR, 2010, p. 18.

³²⁷ Gico Júnior, em outra obra, pontua que a AED é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos. GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26, p. 18.

seus efeitos sociais, com a ajuda de conceitos e teorias emprestados da Economia, procurando descobrir a lógica subjacente das instituições legais³²⁸.

Por conseguinte, segundo Gico Júnior, a AED utiliza a abordagem econômica para tentar compreender o Direito no mundo e o mundo no Direito, de modo que, de forma geral, os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada³²⁹.

Neste sentido, a primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é)³³⁰, enquanto a segunda refere-se à AED normativa³³¹ (o que deve ser)³³². Sendo que a primeira auxilia na compreensão do que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra; já a segunda contribui na escolha, entre as alternativas possíveis, da mais eficiente, isto é, com o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido³³³.

Tendo tais noções em consideração um dos pressupostos da Análise Econômica refere-se à eficiência³³⁴ envolvida nas escolhas. E, consoante Vaz Lobo Bittencourt, a eficiência³³⁵ pode ser vista em termos de Economia no uso dos recursos.

³²⁸ MACKAAY, 2013, p. 5.

³²⁹ GICO JÚNIOR, 2011, p. 20.

³³⁰ “[...] quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o juseconomista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando-se técnicas hermenêuticas) e investigar as prováveis consequências de cada uma (aplicando-se a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício.” GICO JÚNIOR, 2010, p. 20.

³³¹ “Já quando o praticante de AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto juseconomista se, e somente se, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de sequestros-relâmpagos, a AED normativa pode auxiliar a identificar qual a melhor política de punição, qual a melhor estrutura processual para este tipo de delito, etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise.” GICO JÚNIOR, op. cit., 2010, p. 20.

³³² GICO JÚNIOR, op. cit., 2011, p. 20.

³³³ *Ibidem*, p. 21.

³³⁴ De acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, a eficiência é um dos princípios a ser observado pela Administração da Justiça.

³³⁵ “[...] enquanto a eficácia busca mensurar a distância entre os resultados obtidos e os objetivos de uma prática ou ação, a efetividade tenta aferir a capacidade de se produzir um impacto ou efeito”.

Ainda segundo Vaz Lobo Bittencourt, dentro do aspecto econômico e coletivo, a eficiência inicia-se pela definição de Vilfredo Pareto, quando este afirma que a eficiência econômica acontece quando se verifica que ao melhorar a situação de um determinado indivíduo, ou família, ou classe social, necessariamente, corresponder-se-á a uma piora na situação de um outro indivíduo, ou família, ou classe social³³⁶.

Sobre tal ponto, Hugo A. Acciarri entende por eficiência, no sentido de Pareto, uma situação na qual não se pode melhorar um dos sujeitos envolvidos sem prejudicar o outro. De modo que a situação em que não é deixada margem para qualquer melhoria de Pareto é o que se denomina ‘ótima’, ou ainda, em que se considera alcançada uma alocação de recursos eficientes no sentido de Pareto³³⁷.

Contudo, Vaz Lobo Bittencourt explica que a eficiência definida por Pareto é individualista, pois, esta ocupa-se apenas do bem-estar de cada pessoa, não do bem-estar relativo de diferentes indivíduos³³⁸. Hugo A. Acciarri acrescenta que o critério de Pareto, muitas vezes, é considerado demasiado exigente para julgar decisões sociais, quando basta que uma certa ação cause um mínimo dano a alguém, ainda que gere enormes benefícios sociais, para que não se possa considerar eficiente³³⁹.

Tendo em vista as críticas à eficiência de Pareto, tem-se como alternativa a tal conceito os estudos econômicos de Nicholas Kaldor e John Hicks, mais conhecido como Teorema de Kaldor-Hicks³⁴⁰.

De acordo com Nicholas Kaldor³⁴¹, não há necessidade de o economista provar – como, de fato, nunca poderia provar – que como resultado da adoção de certa medida

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-36, p. 30.

³³⁶ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo, 2011, p. 31.

³³⁷ ACCIARI, 2014, p. 27.

³³⁸ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo, *op. cit.*, p. 31.

³³⁹ ACCIARI, *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁰ Também conhecido como “eficiência de Kaldor-Hicks”.

³⁴¹ “Deste modo, Kaldor passa a considerar, então, que a possibilidade de compensação para todos os envolvidos poderia justificar, para o economista, uma determinada política, uma vez que não mais seria necessário demonstrar que sua aplicação não colocava indivíduo algum em situação inferior. Como não competiria, assim, ao economista se pronunciar a respeito da conveniência da realização efetiva desta compensação, a verificação da mera possibilidade de haver a compensação seria suficiente para a teoria econômica”. FISCHMANN, Filipe. **Direito e Economia**: um estudo propedêutico de suas fronteiras. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ninguém na comunidade irá sofrer. Nesse sentido, é suficiente mostrar que mesmo aqueles que sofram o resultado, estes são compensados por suas perdas, e, ainda assim, a comunidade estará melhor do que antes³⁴².

Outrossim, consoante John Hicks³⁴³, cada reforma econômica inflige uma perda para alguns, mas tem a possibilidade de haver compensação para equilibrar essa perda³⁴⁴. Desse modo, por meio do critério de eficiência de Kaldor-Hicks, torna-se possível visualizar ganhos sociais maiores do que perdas individuais, através de um sistema de compensação³⁴⁵ social³⁴⁶.

À vista disso, pretende-se com a compreensão e utilização da eficiência no âmbito jurídico a contribuição para melhorar a alocação de recursos quanto à obtenção de decisões positivas sob o ponto de vista econômico³⁴⁷. Assim, consoante Rachel Sztajn, comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a

³⁴² KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **The Economic Journal**, Oxford University Press, v. 49, n. 195, p. 549-552, 1939.

³⁴³ “Hicks reconhece que num sistema de economia de mercado, uma alteração da política econômica implicaria em uma mudança no sistema de preços, o que por si só traria benefícios para alguns indivíduos e prejuízos para outros. Entretanto, isto não impediria a aplicação do critério proposto, pois Hicks, como Kaldor, entende que uma compensação entre os favorecidos e os prejudicados poderia ser feita e ainda assim “sobrar” um ganho líquido de eficiência, que aproximaria o sistema do ponto ótimo”. FISCHMANN, 2010, p. 27-28.

³⁴⁴ HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, 1939, p. 711.

³⁴⁵ Vide: TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 321-345.

³⁴⁶ BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-45, 2016, p. 31.

³⁴⁷ De acordo com Klaus Mathis, é cada vez mais comum aplicar as ferramentas da análise econômica na avaliação do impacto legislativo, a Suíça, por exemplo, desde 2000 tem o seu próprio instrumento de avaliação do impacto regulatório, e a Constituição Suíça, no seu artigo 170, determina que o Parlamento deve garantir o exame minucioso da eficácia das medidas governamentais, há também previsão legal de que os projetos de lei devem incluir declarações dos impactos sobre a economia, a sociedade e o meio ambiente. MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations. **Law and Philosophy Library**, p. 1-29, 2011. Destaca-se, também, que: em relação a análise consequencialista nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, a partir da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, passou a ser exigida. Assim, as decisões deverão considerar as consequências práticas de seu conteúdo, levando em conta os aspectos da realidade, com os efeitos que aquela decisão causará. Nesse sentido, vide: MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez.2018. DIDIER JUNIOR, Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C R. Dir. Adm. Const**, Belo Horizonte, a.19, n. 75, p. 143-160, 2019.

alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas, visando torná-las cada vez mais eficientes³⁴⁸.

Sob esse panorama, Rachel Sztajn questiona o porquê de não se associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas, eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas. Obter ou visar o melhor rendimento, bem como alcançar a função prevista de maneira mais produtiva, deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico, uma vez que a perda de recursos/esforços representa custo social indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos³⁴⁹.

Segundo Vaz Lobo Bittencourt, as leis podem ser avaliadas periodicamente não só em termos de eficácia e efetividade, mas, também, em termos de eficiência³⁵⁰, pois assim podem ser refinadas e aprimoradas de forma a melhor servir à sociedade³⁵¹.

Destarte, considerando-se que, de acordo com Oksandro Gonçalves e Rafael Moura, o Direito não mais deve se ocupar apenas com os conceitos e paradigmas de justiça, mas, sim, com os efeitos concretos das decisões jurídicas, na perspectiva de dar prioridade às decisões mais eficientes³⁵², verifica-se que a Análise Econômica do Direito pode contribuir com instrumentais importantes ao âmbito jurídico. Assim, sopesando-se os recursos disponíveis e as consequências de cada situação posta sob julgamento.

Para que, dessa forma, a Análise Econômica do Direito possa intentar, por exemplo, melhor realocar recursos, gerar mais benefícios com menores custos, entre outros pontos que podem refletir em maior eficiência às soluções operacionalizadas pelo Direito, buscando-se a maximização do bem-estar social, e possibilitando-se, inclusive, a operacionalização e concretude de direitos e princípios.

³⁴⁸ SZTAJN, 2005, p. 78 (PDF).

³⁴⁹ Ibidem, p. 83 (PDF).

³⁵⁰ “Por mais que por vezes não percebamos, a lógica da eficiência está, há décadas, impregnada em muitos dos nossos dispositivos legais. Basta olharmos para a possibilidade de extinção da punibilidade, nos crimes tributários, mediante o pagamento do tributo devido, ou para a possibilidade concedida ao magistrado para triplicar penas de multa (artigo 60, §1º do Código Penal); lembremos também do princípio da insignificância. O que é esse princípio senão uma extensão do princípio da eficiência? Lembremos, por fim, das amplas possibilidades que a lei confere às transações penais e às suspensões condicionais dos processos e das penas”. STEIN, Luís Gustavo; WEDY, Miguel Tedesco. A análise econômica do direito penal entre possibilidades e limitações. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 97-130, out. 2018, p. 121.

³⁵¹ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo, 2011, p. 36.

³⁵² GONÇALVES; MOURA, 2016, p. 94.

3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ÂMBITO CRIMINAL

De acordo com Ivo Gico Júnior, faz-se necessário teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada³⁵³. Daí, então, a AED pode contribuir para a compreensão dos fenômenos sociais e auxiliar na tomada racional de decisões jurídicas³⁵⁴. Sendo que em determinados ramos do Direito, como por exemplo no Direito Civil, notadamente no direito dos

³⁵³ GICO JÚNIOR, 2010, p. 15.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 16.

contratos³⁵⁵, a aplicação da AED se faz mais aceitável e pacífica³⁵⁶ do que em outros³⁵⁷, como o criminal³⁵⁸, no qual existe maior dificuldade em pensar-se e, assim, aplicar noções de eficiência, por exemplo.

³⁵⁵ Vide: MOREIRA, José Cláudio Domingues; QUINAIA, Cristiano. Análise Econômica do Direito Contratual: perspectiva para além da pandemia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 21, v. 105, p. 59-77, jul./set. 2020. TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. O dever de declaração de doença preexistente nos contratos de seguro de vida: uma análise econômica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 19, n. 86, p. 156-189, fev. 2018. BORGES, Felipe Garcia Lisboa; ROSI, Giselle Maria Souza. Análise Econômica dos contratos: considerações sobre o princípio da função social. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 19, v. 94, out. 2018, p. 85-97. PESSOA, Camila Lemos. Responsabilidade Civil do Hospital: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 20, v. 99, p. 169-190, jun. 2019. PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro. **Rev. Fac. Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, 2010.

³⁵⁶ Ainda que no âmbito do Direito privado haja mais aceitação e aplicação da AED, em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em relação aos anos de 2019 a 2021, foi possível encontrar apenas um julgado no qual houve citação expressa da Análise Econômica do Direito. Consta na decisão que o comando judicial não pode ser pautado apenas em legalismo, pelo contrário, que é necessário se observar os impactos dele derivados, fazendo-se sempre a devida análise econômica dos efeitos da decisão, há, inclusive, citação de uma dissertação para explicar o que seria a Análise Econômica do Direito. A decisão do TJPR determinou que uma empresa de contêineres deveria entregar os bens que estava retendo, com a exigência de que a parte agravada prestasse caução, pois considerando-se que eram produtos eletrônicos poderiam perecer, e que “mercadoria parada não produz riqueza, pelo contrário, apenas as diárias se acumularão, bem como a parte agravada estará (ou continuará) em mora com os clientes que deveriam receber as encomendas, gerando, portanto, uma cadeia de prejuízos e de possíveis ações judiciais daí decorrentes”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0038113-75.2018.8.16.0000**. Agravante: TCP - Terminal de Contêineres de Paranaguá S/A; Agravado: Sendix Comercial Exportadora e Importadora Eireli. Relator: Desembargador Luiz Fernando Tomasi Keppen. Curitiba-PR, 13 de fevereiro de 2019. Já em pesquisa ao site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em relação aos anos de 2019 a 2021, não foi possível encontrar um julgado com referência expressa e direta à aplicação da Análise Econômica do Direito. Por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça há determinados julgados com menção expressa à AED, como por exemplo, no Recurso Especial nº 1888049/CE, sob o rito dos recursos repetitivos, cujo objeto da demanda era definir se candidato aprovado em concurso público poderia assumir cargo que, segundo o edital, exige título de Ensino Médio profissionalizante ou curso técnico em área específica, caso não seja portador desse título, mas detenha diploma de nível superior na mesma área profissional. Dentre os pontos analisados pela Corte Especial, constou, expressamente que sob um prisma da Análise Econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão – nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, não se pode deixar de registrar que a aceitação de titulação superior à exigida traz efeitos benéficos para o serviço público e, conseqüentemente, para a sociedade brasileira. Destacou-se os seguintes: 1) o leque de candidatos postulantes ao cargo é ampliado, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame; 2) a própria prestação do serviço público é aperfeiçoada com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1888049/CE. Recorrente: Instituto de Educação Ciência e Tecnologia do Paraná. Recorrido: Antonio Canudo Neto de Azevedo. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília-DF, 22 de setembro de 2021. Vide também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1807180/PR**. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: Colombelli & Pasini Ltda; Marco Antonio Alf Colombelli e Wadis Pasini. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília-DF, 10 de fevereiro de 2021. Por fim, em pesquisa ao site do Supremo Tribunal Federal, em relação aos anos de 2019 a 2021, não foi possível identificar menções expressas e diretas à AED. Obs.: a pesquisa foi realizada a partir dos termos “análise e econômica e direito”.

Contudo, não é possível desconsiderar que a escassez de recursos se faz presente em todas as áreas, até mesmo na criminal, que, como sabido, tem um sistema de justiça repleto de problemas e deficiências, inclusive no que diz respeito à operacionalização e

³⁵⁷ Vide: “[...]. Devido ao seu arsenal metodológico, visando à eficiência por meio da apreensão consequencialista dos fenômenos jurídicos, diz-se que a AED estaria vocacionada a ser aplicada às áreas do direito de cariz eminentemente patrimonial, excetuando-se, portanto, os direitos da humanidade (p. 232). [...] Logo, afastar a aplicação de uma metodologia da economia sobre um objeto jurídico pelo simples fato de esta não ter sido construída a partir de dogmática desenvolvida dentro de sistema eminentemente jurídico não parece solução que atenda aos anseios da própria ciência jurídica. É de se levar em conta, ademais, que a AED é um dado posto e seguirá propondo proposições econômico-jurídicas, quer se aceite ou não (p. 245). [...] A aplicação da AED em situações que envolvam Direitos de Humanidade mostra-se sensível, pela carga ética que estes direitos vinculam. Ainda assim, não se pode simplesmente desconsiderar as contribuições que podem surgir a partir da utilização dos instrumentais da ciência econômica (p. 249). [...] possivelmente, de forma similar ao que já ocorre com a doação de sangue, não causaria espécie se o Estado implementasse alguma medida para incentivar a doação de órgãos, ainda que tivesse cunho econômico, como, por exemplo, algum benefício fiscal à família do doador (p. 250)”. GUMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. *Análise Econômica do Direito: como a dogmática civil do Direito de Humanidade pode contribuir para atender ao anseio e bem-estar da sociedade?* **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 18, v. 74, fev. 2017, p. 231-255.

³⁵⁸ Ainda que a aplicação não seja pacífica, há julgados que aplicam a AED. No que diz respeito à uma análise consequencialista, no julgamento do *habeas corpus* nº 166373/PR, em que se discutia se os réus delatados deveriam ou não apresentar suas alegações finais depois dos delatores, por 7 votos a 4 os Ministros decidiram que as alegações finais dos delatores têm de ser apresentadas antes das alegações dos delatados, a fim de assegurar o direito de ampla defesa. Ocorre que o posicionamento pode atingir vários casos em que os delatados se manifestaram no mesmo prazo em que os delatores, inclusive, casos da Operação Lava Jato, de modo que o Supremo ainda se manifestará a respeito de casos concluídos e em tramitação. O Ministro Luiz Fux, a partir de uma análise consequencialista, entende que a decisão deveria conter uma modulação de efeitos, pois, firmando o entendimento no sentido de que os prazos não podem ser idênticos, poderia levar à nulidade de todos os casos em que tal questão ocorreu, de modo que é necessário, segundo o Ministro, considerar os limites dos efeitos da decisão. O Min. Luiz Fux mencionou que o artigo 20 da LINDB traz a importância de que o magistrado não profira qualquer decisão contrária ao que seriam as “melhores” consequências práticas de sua decisão, de modo que uma nulidade, ainda que em grave violação de direito de defesa deveria ser modulada, a fim de atingir as “melhores” consequências, do que se depreende que, de acordo com a análise consequencialista do Ministro, anular todos os casos em que tal questão ocorreu não seria a melhor escolha, ou, dito de outro modo, não resultaria nas melhores consequências (até o fechamento deste capítulo ainda não havia sido proferida decisão acerca da modulação dos efeitos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 166373/PR**. Impetrante: Marcos Vidigal De Freitas Crissiuma. Paciente: Marcio De Almeida Ferreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília-DF, 02 de outubro de 2019. Outro exemplo diz respeito ao Recurso Especial nº 962.934/MS, no qual se discutia se o Estado seria responsável por indenizar o presidiário que cumpre pena em más condições. O Ministro Herman Benjamin realizou uma análise consequencialista, pontuou que o exame em questão não se destinava a discutir a existência do dano moral, mas acolher ou não a tese da indenização individual, isso porque a concessão de uma indenização individual faria com que os recursos fossem retirados do erário estadual, e, conseqüentemente, haveria a diminuição da verba para a prestação do serviço, ao buscar o apaziguamento de um dano – que não é individual e sim coletivo - com uma indenização individual, agravaria a situação da coletividade. Contudo, o referido posicionamento foi superado pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu pela possibilidade de indenização (Recurso Extraordinário nº 580.252/MS). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 962.934/MS**. Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul; Recorrido: GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília-DF, 13 de abril de 2010.

garantia dos direitos e princípios constitucionais e legais. Desse modo, o panorama proposto pela AED também pode encontrar espaço na Administração da Justiça Criminal, intentando-se atribuir maior eficiência ao contexto jurídico penal.

Porquanto, conforme já abordado, o Direito – conseqüentemente, também o Direito Penal e Processual Penal – e a Economia estão relacionados e podem gerar contribuições recíprocas a partir de seus instrumentais específicos. Tal relação pode ser identificada, por exemplo, nos apontamentos de Gary Becker, segundo o qual o crime é uma atividade economicamente importante, não obstante a negligência quase total por parte dos economistas³⁵⁹.

A título de exemplo, segundo Gary Becker, uma pessoa que comete um determinado crime poderia analisar se a utilidade esperada³⁶⁰ excede aquela que poderia obter usando seu tempo e recursos em outras atividades³⁶¹, o que é uma análise econômica usual³⁶². Outra questão apontada por Gary Becker e que demonstra tal relação, é a análise dos custos sociais decorrentes dos crimes, isso porque as punições não afetam apenas os infratores, mas, também, outros membros da sociedade, pois, por exemplo, as prisões demandam gastos com guardas, supervisores, edifícios, alimentação, entre outros.³⁶³

Portanto, crimes envolvem custos sociais e demandam a utilização de recursos escassos, o que justifica uma análise econômica de institutos penais e processuais penais, pois dependem e estão interligados com questões atinentes à Economia, já que não há como apartar o ramo criminal do contexto social e econômico no qual encontra-se inserido. Por consequência, tal como feito por Gary Becker, tais institutos podem ser examinados sob o panorama econômico.

³⁵⁹ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. **The journal of Political Economy**, University of Chicago Press, n. 2, mar./abr. 1968, p. 3.

³⁶⁰ Como há diversas espécies de crimes, a referida análise de utilidade pode não se aplicar a todos, pois, por exemplo, os crimes de homicídio e de terrorismo, não parecem comportar a análise mencionada, que, à primeira vista, melhor se adequaria aos crimes econômicos. *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 9.

³⁶² “De acordo com essa teoria, a chave para a compreensão do comportamento criminoso está em assumir que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional. Nesta linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem.” ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (org.). **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 59-80, 2012a, p. 61.

³⁶³ BECKER, op. cit., p. 13.

A título de amostra, tem-se a análise econômica realizada por Gary Becker acerca da aplicação de multa em decorrência de um crime. O economista pontua que o bem-estar social é aumentado quando multas são aplicadas³⁶⁴, já que não demandam custo social elevado. Assim, as multas fornecem indenização às vítimas, compensando-as e restaurando o *status quo ante*, e não exigem que tenham custos adicionais com a execução da punição³⁶⁵.

Ademais, segundo Gary Becker, embora exista a crítica de que as multas são imorais – por permitir que ofensas fossem “compradas” – não se pode ignorar que qualquer outra forma de punição também contém um preço. Afinal, por exemplo, o ‘preço’ de roubar um carro pode ser de seis meses de prisão³⁶⁶, de modo que a diferença estaria na unidade de medida, no caso da multa seria unidade monetária e, no de prisão, a unidade seria o tempo³⁶⁷.

Com base em tais análises, Gary Becker, na década de sessenta, lecionou a possibilidade da leitura econômica de questões criminais, o que tem refletido ao longo dos anos em trabalhos que buscam, também, aplicar instrumentais econômicos no exame de institutos jurídicos criminais, embora ainda não haja uma aceitação pacífica da operacionalização da AED no cenário criminal.

Nesta linha e para fins de exemplificar, seguindo as lições iniciadas por Gary Becker, um dos temas do âmbito criminal em que é possível encontrar referenciais da AED encontra-se no estudo do instituto da colaboração premiada. Há discussões indicando que diante da escassez de recursos e da necessidade de alocá-los de forma eficiente, a utilização do acordo de colaboração para a recuperação de valores ilicitamente obtidos, notadamente nos crimes que ofendem a ordem econômica e tributária, pode gerar mais benefícios quando comparados aos custos que o Estado terá ao não aplicar uma pena, ou ainda, aplicá-la de forma reduzida em relação ao colaborador que contribuiu com tal recuperação.

Sob essa perspectiva, Cibele da Fonseca, Benjamin Tabak e Júlio César de Aguiar posicionam-se no sentido de que a colaboração é benéfica para a sociedade porque, a par

³⁶⁴ BECKER, 1968, p. 28.

³⁶⁵ Ibidem, p. 29.

³⁶⁶ BECKER, loc. cit.

³⁶⁷ BECKER, loc. cit.

de recuperar os valores extirpados³⁶⁸, desincentiva as pessoas a associarem-se em quadrilha para os fins de cometer crimes. Isso porque, segundo os autores, passa a ser alto o custo de se associar ao bando sabendo que, se um dos membros for investigado ou processado, receberá do Estado proposta atraente para delatar o esquema criminoso³⁶⁹.

No entanto, a aplicação de tal raciocínio econômico é objeto de controvérsias e discussões. No que diz respeito, por exemplo, a posição de que a colaboração pode funcionar como desincentivo para a prática criminal, Walter Bittar aponta que há casos concretos em que houve devolução de valores e patrimônio de origem, no mínimo, suspeita ao delator, o que inibi a função persuasória, inerente ao aspecto preventivo da pena, produzindo um efeito inverso daquele teoricamente pretendido pela sanção criminal³⁷⁰: incentivar a prática delitativa e obter benefícios³⁷¹.

Outrossim, Tiago Kalkmann, também em posição crítica, pontua: mesmo que em determinadas situações seja desnecessário firmar o acordo, levando-se em conta os cálculos de *law and economics*, continuam a ser propostos com prêmios altos e desproporcionais à utilidade das informações, porque “torna-se mais interessante repatriar ativos como condição do acordo do que continuar obtendo provas”³⁷².

Tais pontos são apenas alguns exemplos do quanto a aplicação de uma análise econômica aos institutos criminais pode gerar controvérsias, especialmente quando,

³⁶⁸ Consoante dados divulgados pelo Ministério Público Federal, em março de 2020, quando a Operação completou 6 anos, em Curitiba mais de 4 bilhões de reais já haviam sido devolvidos por meio de 185 acordos de colaboração e 14 acordos de leniência, nos quais se ajustou a devolução de cerca de 14,3 bilhões, sendo que do valor recuperado R\$3.023.990.764,92 foram destinados à Petrobras, R\$416.523.412,77 aos cofres da União, e reverteram em favor da sociedade 570 milhões de reais utilizados para subsidiar a redução de pedágios no Paraná. BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato completa seis anos com 500 pessoas denunciadas em 2019**. 10 mar. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-completa-seis-anos-com-500-pessoas-denunciadas-e-numeros-records-em-2019>. Acesso em: 09 set. 2020.

³⁶⁹ FONSECA, Cibele B. G.; TABAK, Benjamin M.; AGUIAR, Júlio C. A Colaboração Premiada Compensa? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, ago 2015 (Texto para Discussão nº 181), p. 19. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 09 set. 2020.

³⁷⁰ Também em posição crítica vide: “Em contraposição à sistemática prevista no ordenamento brasileiro, os acordos formalizados no âmbito da operação Lava Jato têm inovado em diversos aspectos, como a previsão de regimes diferenciados de execução de penas, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação de imunidade a familiares e terceiros aos acordos, a renúncia ao acesso à justiça e os recursos e a imprecisão de um dever genérico de colaboração.” VASCONCELLOS, 2020, p. 258.

³⁷¹ BITTAR, Walter Barbosa, 2020, p. 156-157.

³⁷² KALKMANN, Tiago. Análise Econômica da racionalidade do acordo de colaboração premiada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 5., n. 1, p. 469-504, jan./abr. 2019, p. 496.

segundo Marcelo Rodrigues da Silva, aplica-se um discurso utilitário-economicista que leva os órgãos de persecução e o Poder Judiciário a buscarem um resultado patrimonial no processo (mercantilização processual), atropelando-se a legalidade penal – com regras imperativas e de aplicação obrigatória³⁷³.

Com base nos exemplos citados, é possível inferir que a aplicação da leitura econômica aos institutos criminais demanda cautela, e, conseqüentemente, não pode ser feita excluindo-se as bases que estruturam o Direito Penal e Processual Penal. Pois, ainda que uma análise de eficiência seja necessária e não possa ser ignorada em uma aplicação jurídica comprometida com a realidade social e econômica, esta não pode se sobrepor às disposições constitucionais e legais³⁷⁴. Por conseguinte, a busca por uma persecução penal mais satisfatória deve ser capaz de conjugar a análise da eficiência com os pilares da seara criminal.

Nesta linha, é possível, por exemplo, utilizar-se da AED para avaliar os caminhos que estão sendo percorridos pela Justiça Criminal³⁷⁵ e buscar identificar alternativas que possam contribuir para cumprir as finalidades almejadas. A título de amostra, consoante Carlos de Alencar e Ivo Gico Júnior, vários estudos em Análise Econômica do Direito indicam que os melhores resultados na luta contra o crime são alcançados por meio do aumento na probabilidade de punição³⁷⁶, de modo que a aplicação da lei (*law*

³⁷³ SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017, p. 305.

³⁷⁴ Há vários exemplos em que os benefícios concedidos nos acordos de colaboração premiada não respeitaram os limites legais, não apenas os previstos no artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, mas também aqueles estabelecidos no Código Penal e na Lei de Execução Penal. De acordo com Vinicius Vasconcellos, no âmbito da operação Lava Jato, em um dos termos homologados, fixou-se que ao se atingir o montante de 30 anos de prisão nas penas unificadas em sentenças definitivas, a sanção seria cumprida em regime fechado por lapso não superior a 5 anos e não inferior a 3 anos, com progressão diretamente para o regime aberto mesmo que não preenchidos os requisitos legais (cláusula 5ª, incisos I, II, III e V, acordo na Pet. 5.244 STF). Em outro acordo (Pet. 6.138 STF), foram juntados dois anexos, em que se apontou as condições do “regime fechado domiciliar diferenciado”, e do “regime domiciliar semiaberto diferenciado”. VASCONCELLOS, 2020, p. 259.

³⁷⁵ Vide: BOSON, Daniel Silva. Three Strikes and You’re out: uma análise econômica das penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 23, v. 166, p. 17-37, set./out. 2015. GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016.

³⁷⁶ “[...] o agente público é um agente racional maximizador que realiza – ainda que intuitivamente e de acordo com suas preferências - uma análise prévia do custo-benefício de sua conduta ilícita antes de realizá-la. Se o retorno esperado for estimado positivamente, haverá incentivo para a prática de corrupção. Do contrário, o agente tende a se abster de tais práticas”. ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro

enforcement) tem um efeito dissuasivo substancial. Desse modo, infere-se dos estudos dos referidos autores, a partir da AED, que a variável mais importante para reduzir a corrupção³⁷⁷, por exemplo, é a probabilidade de punição³⁷⁸.

No entanto, para, por exemplo, gerar-se maior efetividade na resposta penal aos crimes de corrupção, e, conseqüentemente, diminuir a ocorrência dessa prática delitiva, faz-se necessário, mais uma vez, a aplicação de raciocínios econômicos. Dado que há um custo associado ao aumento da probabilidade de punição, pois, para tanto, é preciso utilizar-se de melhores instrumentos de monitoração, ter mais promotores e juízes especializados, entre outros. Tal custo acaba sendo superior àquele associado apenas ao aumento da magnitude da punição (basicamente o processo legislativo³⁷⁹)³⁸⁰.

Com isso, é de se esperar que esta última estratégia seja mais comumente empregada do que a primeira³⁸¹, embora o recrudescimento de penas não tem se mostrado meio efetivo para impedir o aumento e propagação da criminalidade. Verifica-se, portanto, que com a aplicação de uma análise econômica no que diz respeito, por exemplo, ao crime de corrupção, conclui-se que é preciso que o Estado aumente a probabilidade de uma efetiva persecução penal e não, simplesmente, agrave as penas.

Assim, embora a AED possa indicar um caminho não apenas eficiente, mas, também, conjugado ao contexto criminal, por exemplo, por vezes esta é desconsiderada. Os trabalhos supracitados são apenas algumas amostras que exprimem a aplicação da

de; GICO JÚNIOR, Ivo. A eficácia dos salários públicos como instrumento de combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 81-98, 2012b, p. 82.

³⁷⁷ É válido pontuar que, como há diversas espécies de crimes e os referidos estudos dizem respeito, especificamente, ao crime de corrupção, não se intenta generalizar a assertiva de que para todos os crimes a maior probabilidade de punição exerceria efeito dissuasório suficiente.

³⁷⁸ ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2012a, p. 64 - 65.

³⁷⁹ Contudo, importante destacar, conforme alertam Vladimir Passos de Freitas e Maykon Fagundes Machado, que além de todos os gastos que a nossa República suporta, um deles passa despercebido: o custo legislativo, que, diga-se, é muito caro. Sendo assim, o Poder Legislativo brasileiro deve ater-se estritamente a matérias de suma relevância à sociedade, evitando o tramitar de leis inúteis. Segundo os referidos colonistas, levantamento com estudo de caso em todas as assembleias legislativas do Brasil, dá notícia do custo de até R\$4 milhões por lei aprovada, o que indica que a AED, inclusive na perspectiva legislativa, deve fazer parte das preocupações dos legisladores e da cobrança dos eleitores, vez que se lida com recursos públicos. FREITAS, Vladimir Passos de; MACHADO, Maykon Fagundes. Leis inúteis e omissões do Poder Legislativo exigem maior controle social. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-17/segunda-leitura-leis-inuteis-omissoes-poder-legislativo-exigem-maior-controle-social>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³⁸⁰ ALENCAR; GICO JÚNIOR, op. cit., 2012a, p. 65.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 65.

análise econômica, a qual pode ser importante para a compreensão de questões criminais, que também dependem de um exame de custos e benefícios, da escassez dos recursos disponíveis e das possibilidades de melhor realocá-los com propósito de buscar-se uma persecução penal de fato efetiva e eficiente.

Desse modo, consoante Gustavo Olsson e Luciano Timm, a intenção das pesquisas da Análise Econômica do Direito é investigar a possibilidade de direcionar mudanças qualitativas e quantitativas nos índices de criminalidade, e, dessa forma, auxiliar no uso estratégico e racional dos recursos públicos na execução do objetivo de tornar a sociedade mais segura e menos violenta. Por isso, é preciso verificar os elementos sociais determinantes ou, no mínimo, relevantes para tornar o Direito mais próximo da realidade social à qual pretende regulamentar, deixando-o mais efetivo e eficiente em relação aos seus objetivos³⁸². Os referidos autores ainda questionam:

De que maneira os juristas podem trazer ganhos de efetividade jurídica enquanto não perceberem a demanda de vultuosos investimentos para prevenir a ocorrência de crimes, assim como para investigar os fatos ocorridos, produzir provas, julgá-los, prender e punir os seus autores? Qual o custo do aparato policial e judicial e qual o benefício que ele pode trazer às pessoas?³⁸³

Portanto, de acordo com Luís Gustavo Stein e Miguel Wedy, a AED abre uma gama de opções ao discurso jurídico, evitando a cegueira de um pensamento único e que traz à tona a discussão acerca de uma necessária atuação *ex ante* do Direito, de modo a aferir efeitos de custo-benefício de opções legislativas³⁸⁴. No entanto, destacam, também, que o Direito não existe para a Economia apenas, mas para realizar a justiça em cada caso criminal, dentro dos limites da lei e da Constituição, de modo que o processo penal, por sua vez, há de ser conduzido por uma hélice tríplice que equilibre garantias, eficiência e justiça, intentando atingir o seu fim, em outras palavras, a aplicação da justiça, com a absolvição ou condenação³⁸⁵.

³⁸² OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 111-131, 2012, p. 113.

³⁸³ Ibidem, p. 121.

³⁸⁴ STEIN; WEDY, 2018, p. 125.

³⁸⁵ Ibidem, p. 126.

Neste cenário, consoante Albert Casamiglia, as relações entre justiça e eficiência são muito complexas, mas para uma sociedade idealmente justa é necessária uma sociedade eficiente³⁸⁶. Uma vez que uma sociedade a qual desperdiça seus recursos não se mostra boa e, dificilmente, classificar-se-ia como justa ou equitativa, de maneira que a eficiência é um componente da justiça, embora não seja o único e nem o principal critério de justiça³⁸⁷.

Ainda de acordo com Albert Casamiglia, o conceito de eficiência pode dar auxílio especial na tarefa da ciência da legislação, até então excessivamente intuitiva e subjetiva, pois uma boa lei não é só aquela que indica objetivos justos, mas aquela que também os atinge, logo, a tarefa de direção social não pode ser reduzida a uma declaração de boas intenções³⁸⁸.

Deve-se considerar a exequibilidade³⁸⁹ do que se pretende legislar ou aplicar e, conseqüentemente, observar o fenômeno jurídico do ponto de vista da eficiência que pode ser útil para a construção de uma política jurídica que alcance seus objetivos³⁹⁰.

No entanto, como explicado por Miguel Wedy³⁹¹, encontrar um ponto de equilíbrio duradouro entre justiça e garantismo no processo penal não é tarefa fácil³⁹². E,

³⁸⁶ De acordo com Gico Júnior, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício. GICO JÚNIOR, 2010, p. 28.

³⁸⁷ CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Eficiencia y Derecho. *Doxa*, Universidad de Alicante, n. 4, p. 267-287, 1987, p. 271.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 284.

³⁸⁹ “Aceitando-se, portanto, a eficiência enquanto critério, a decisão do legislador será determinada não apenas pela “bondade” de um princípio, mas também por sua exequibilidade”. CALSAMIGLIA, 1987, p. 284.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 287.

³⁹¹ WEDY, Miguel. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. XII, n. 52, p. 163-186, 2014, p. 164.

³⁹² Vide alguns exemplos: “A grande questão então exposta vem a ser, conseqüentemente, o grau de composição admitido entre a garantia e a funcionalidade, de forma que um vetor não exclua o outro. Assim, como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender às necessidades de deflação do Sistema de Justiça Criminal, mas destituídos das garantias processuais, não se admite, de igual maneira, um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de prestar justiça célere. Tudo se resume, pois, em introduzir no âmbito do processo penal mecanismos tendentes à obtenção da sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessário (p. 273 – 274). SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a.

a grande dificuldade reside em uma certa mudança de mentalidade, na capacidade de enfrentar os problemas penais de forma serena e frontal, sem deixar a capacidade de perceber a necessidade de manutenção de garantias, a fim de alcançar a justiça de maneira eficiente³⁹³.

À vista disso e considerando-se que, consoante Nereu José Giacomolli, na instrumentalização do Direito Penal, não se admite atuação fora dos ditames legais, devido ao interesse público que domina o processo penal³⁹⁴, é preciso adequar a eficiência a este contexto, pois, embora haja a possibilidade de aplicar-se o critério da eficiência na análise de institutos da área criminal – e que seja exame necessário diante da possibilidade de produzir mais benefícios com custos menores e com a realocação de recursos – é preciso considerar, também, princípios e garantias estruturantes da área criminal.

Portanto, precisam estar, também, princípios estruturantes ao lado da Análise Econômica, para justificar-se, por exemplo, a reparação do dano no acordo de não persecução penal.

13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 250-276. “[...]. Eficiência não enquanto a busca pela celeridade, numa lógica puramente economicista, de produtividade pela produtividade, mas enquanto meio para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas e paz jurídica. [...]. Entretanto, o que se observa é que as decisões do tribunal não ambicionaram a eficiência assim conceituada, pois estavam comprometidos com um resultado, estavam agindo coordenadamente na direção de pressionar acusados a firmar acordos de colaboração premiada, adotando a estratégia de liquidação, que consiste em manter a prisão preventiva e colocar os acusados em desvantagem frente aos demais julgadores (p. 164)”. PEREIRA, Ana Flávia Azevedo; SCRIBONI, Marília Silva. Eficiência versus garantismo na operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre, a. 28, v. 173, p.125-167, nov. 2020. “Pienso que el AED es un poderoso instrumento de análisis jurídico, y que está en condiciones de aportar útiles propuestas en terrenos en los que el análisis jurídico tradicional ha profundizado insuficientemente. Entiendo, además, que de la terna con la que se intitulaba este apartado (desconocimiento, rechazo, rechazo por desconocimiento), la última expresión es la que mejor describe la situación actual: el AED se rechaza sumarísimamente (demasiado) por desconocimiento de su método y sus propuestas (p. 33)”. Tradução livre: penso que a AED é um poderoso instrumento de análise jurídica, que está em condições de apontar propostas úteis em terrenos em que a análise jurídica tradicional não se aprofundou suficientemente. Entendo, ademais, que da lista restrita a que esta seção foi intitulada (ignorância, rejeição, rejeição por ignorância), a última expressão é a que melhor descreve a situação atual: a AED é sumariamente rejeitada (demais) por desconhecimento de seu método e suas propostas. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, UNED, 2.ª Época, n. extraordinário 2, p. 31-73, 2004.

³⁹³ WEDY, 2014, p. 164.

³⁹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

3.3 A EFICIÊNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal, tal como os institutos próprios da Justiça Penal Negocial, está assente em finalidades econômicas. É sabido que se intenta, por meio do ANPP, trazer mais celeridade aos casos de média gravidade, evitando-se a persecução penal, a fim de que os recursos escassos dos órgãos investigatórios, do Ministério Público³⁹⁵, do Judiciário, bem como daqueles utilizados na execução penal (isto é, os recursos necessários a todos os atores e órgãos envolvidos na resolução da questão criminal) possam ser realocados para a persecução de crimes de alta gravidade³⁹⁶.

Não há, portanto, como negar a relação intrínseca do ANPP com um raciocínio econômico no que diz respeito à justificativa de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, esta não é a única razão – econômica – de ser do novel instituto negocial, pois traz a condição da reparação do dano, que também pode ser analisada sob uma perspectiva econômica a partir de um critério de eficiência, verificando-se os custos e benefícios gerados aos envolvidos na negociação, isto é, à vítima, ao investigado, à Administração da Justiça e à sociedade.

Sob essa perspectiva, realizar um exame econômico da reparação do dano não é, necessariamente, um ponto negativo. Pois, como sabido, o processo judicial tradicional

³⁹⁵ A título de exemplo, cita-se alguns dados acerca dos problemas encontrados na Promotoria Criminal do Estado do Paraná: demora nas perícias e laudos; inquéritos policiais mal instruídos; denúncias não tem alterado a insegurança social; elevado número de inquéritos policiais; déficit do quadro de pessoal – em 2012 haviam 4.299 servidores e em 2017 este número caiu para 4.156; descompasso em números – em 2017 foram registradas 1,25 milhões de ocorrências e apenas 141 mil inquéritos policiais (p. 05); acerca da persecução da macrocriminalidade – limitação estrutural de apoio, dificuldade de sistematização dos dados; rotina de trabalho que impede as investigações, etc. (p. 07). BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias: Criminais, do Júri e Execuções Penais. **Planejamento estratégico do Ministério Público do Estado do Paraná: Área Criminal: repensando a eficácia da atuação ministerial.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2019.

³⁹⁶ A título de exemplo, o Instituto Sou da Paz, em 2017, propôs a criação de um Indicador Nacional de Esclarecimento de Homicídios, a fim de responder qual a proporção das mortes violentas intencionais que geram uma resposta jurídica do Estado em cada uma das Unidades Federativas, tendo considerado como homicídio doloso “esclarecido” aquele no qual pelo menos um agressor foi denunciado pelo Ministério Público, resultando num processo criminal. Nos anos de 2015 a 2016, no Pará o esclarecimento foi de 7,5%; Piauí 24,4%; Rondônia 34,6%; Paraná 40,5%; Rio Grande do Sul 65,1%; Santa Catarina 68,2%, etc. Já em relação aos anos de 2016 a 2017, no Paraná houve uma queda para 31,0% e no Rio Grande do Sul para 58,4%. INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?** Porque o Brasil precisa de um Indicador Nacional de Esclarecimentos de Homicídios. 2019. Disponível em: <https://soudapaz.org/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

nem sempre se mostra capaz de garantir respostas satisfatórias sem que, para isso, não tenham sido empregados custos altos. Fator este que não é viabilizado em todas as situações que são apresentadas ao Judiciário devido à escassez dos recursos disponíveis.

Outrossim, conforme Hugo A. Acciarri, o processo judicial que tende a determinar uma indenização implica custos sociais, que tem um componente público derivado do funcionamento do sistema judicial e outro privado, integrado pelos gastos nos serviços profissionais, bem como investimento de tempo e outros custos explícitos e implícitos atinentes às partes envolvidas³⁹⁷, que, acrescente-se, podem ser maiores se comparados aos custos do ANPP.

Desse modo, torna-se necessário pontuar, a partir de uma perspectiva baseada em noções da Análise Econômica do Direito, a eficiência da reparação do dano no ANPP, a fim de que seja possível constatar: se além da justificativa econômica para a existência do acordo, é possível, também, atingir uma razão econômica-eficiente por meio da condição da reparação penal do dano.

À vista disso, analisando a reparação sob o viés do investigado, tem-se que, tratando, especificamente, de questões econômicas, evitará os custos – altos – em relação ao responder à uma ação penal, o que demanda a contratação de advogados, cujos serviços podem variar, por exemplo, com um valor a ser estipulado para a fase investigatória, outro valor para o desenvolver da ação penal, e, ainda, um outro valor para a fase recursal.

Além disso, o investigado/réu terá que suportar, também, os custos com os próprios procedimentos necessários à uma ação penal, bem como os deslocamentos para as audiências, que, a depender da situação concreta, podem se desdobrar em vários atos. Cabe ressaltar que há, igualmente, a possibilidade de custos com entregas de memoriais, sustentações orais, realizações de perícias, entre tantos outros³⁹⁸.

³⁹⁷ ACCIARRI, 2014, p. 221.

³⁹⁸ Além desta análise pós delitiva, é possível, também, que o agente realize uma análise econômica *ex ante*, optando ou não pela prática do crime, tal como apontado por Samuel Ebel Braga Ramos, segundo o qual se as pessoas entendem que as hipóteses de serem efetivamente punidas são remotas, então o poder dissuasivo é diminuído. Pois, o efeito da dissuasão está na eficácia dos meios legais para captura, persecução e aplicação da pena para aqueles que cometem delitos. Desta maneira, a expectativa do benefício esperado com o crime é diminuída, influenciando o comportamento do indivíduo na decisão de mensurar o benefício esperado com o ganho obtido com o cometimento do injusto penal típico (p. 91). Acrescenta que, o crime é desincentivado quando os custos (certeza da punição) forem maiores que os benefícios (p. 101), de modo que se abandona o modelo da severidade da punição como relutância no aumento da dissuasão no molde brasileiro, pois a certeza da detecção e da punição é muito mais

Por conseguinte, o investigado, provavelmente, considerará tais custos, tal como um agente racional que busca maximizar seus benefícios, em relação aos custos que terá que dispendir para operacionalizar a reparação do dano. Dessa forma, incorrendo na possibilidade de concluir-se que, ainda que a reparação demande um determinado valor monetário, este poderá ser menor em relação àquele que teria que desembolsar com a ação penal.

Por outro lado, mesmo que o valor da reparação não seja exatamente menor, se comparado e conjugado aos demais custos de uma ação penal, poderá, da mesma forma, ser considerado mais benéfico reparar o dano. Pois, poupar-se-á, por exemplo, o tempo no qual o sujeito teria que dispendir ao longo da ação penal e, se condenado, com a execução da pena – isso sem contar os custos sociais e psíquicos que decorrem do responder à uma ação penal³⁹⁹, do processo de estigmatização por ocupar-se a posição de réu, bem como dos custos, por vezes não ressarcíveis – de ficar marcado com antecedentes criminais, que poderão refletir na dificuldade de (re)inserção na sociedade, tal qual a manutenção e ascensão no mercado, por exemplo.

Por conseguinte, por meio da análise da reparação do dano, sob um viés econômico, tal como proposto inicialmente, conclui-se que firmar o ANPP, operacionalizando-a, pode gerar menos custos e mais benefícios ao investigado.

Com isso, não se quer dizer que o ANPP, sob a perspectiva do investigado, seja um instituto com traços de perfeição, pois, como pontuado no item 1.4, existem diversas questões que precisam ser consideradas, como, por exemplo: a exigência da confissão; a previsão de que o Ministério Público poderá propor o acordo, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime⁴⁰⁰; a possibilidade de que no caso

importante do que a severidade da punição (p. 105). RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal**: o crime, a sanção e o criminoso sob a ótica da Economia. [S.l.], Artelogy, 2021.

³⁹⁹ De acordo com a Procuradora Regional da República, com atuação no Tribunal Regional da 1ª Região, Márcia Noll Barboza, acerca de acordos após a sentença em segundo grau, é possível que sejam feitos de maneira eficiente e sem causar tumulto ao processo, e do ponto de vista da utopia ou da recuperação das pessoas, afirmou que nas audiências que têm feito, teve a oportunidade de verificar, perceber e sentir o acolhimento pelo autor da crime daquela oportunidade como uma grande chance de, ainda que tenha que prestar serviço à comunidade, ainda que tenha que reparar o dano, ter seu nome limpo e quitar as suas contas com a justiça. BARBOZA, Márcia Noll. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁴⁰⁰ De Lorenzi pontua, acerca do acordo de não persecução penal, que há a utilização de conceitos demasiadamente indeterminados, o que é problemático, como por exemplo, a previsão de que o

concreto não haja, efetivamente, uma negociação, mas, sim, uma imposição acerca das condições que devem ser cumpridas, tal como um contrato de adesão; entre outros pontos que demandam e demandarão copiosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, e, as quais ultrapassam a delimitação deste trabalho.

Já sob a perspectiva da vítima, é possível, também, que se realize uma análise econômica da reparação do dano no ANPP. A começar pelo fato de que, se o investigado realizasse o acordo, a vítima não teria que suportar os custos da ação penal, com o comparecimento à audiência, por exemplo, além, naturalmente, dos custos pessoais e psíquicos que decorrem de uma ação penal (por ser o processo penal uma *via crucis* para a vítima⁴⁰¹).

Outrossim, sob um panorama estritamente econômico, se realizado o acordo e tiver ocorrido a reparação, a vítima não terá que dispendir custos – que podem ser altos – com a contratação de advogados e com o tempo necessário para a propositura, bem como para o desenvolvimento e finalização de uma ação civil ou até mesmo com a execução da sentença penal condenatória. Além do risco de chegar ao final e não encontrar bens suficientes para garantir-lhe a reparação do dano.

Desse modo, realizando-se uma análise dos custos que a vítima teria com o processo penal, com a busca da reparação cível e do risco de não ter o dano reparado, em relação ao custo de não ver aplicada uma pena propriamente dita ao investigado, tem-se que a reparação do dano no ANPP poderá lhe gerar benefícios com custos menores, sendo, portanto, eficiente também para a vítima.

Contudo, ainda que sob a análise supra, o ANPP demonstre ser mais eficiente para a vítima, há pontos os quais precisam ser repensados e discutidos, como, por exemplo, o fato de não haver previsão no artigo 28-A do CPP sobre a participação da vítima na definição da reparação no ANPP. Pois, nos termos do §9º do referido artigo, a vítima será

Ministério Público poderá propor o acordo “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” e que o juiz poderá devolver o acordo se “considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições”. DE LORENZI, 2020, p. 192.

⁴⁰¹ M. Carmen Alastuye Dobón pontua que no momento dos procedimentos orais a situação se torna ainda mais tensa para a vítima, pois é confrontada com seu suposto agressor, com seus familiares e com a defesa que, em alguns casos, busca demonstrar que a vítima está mentindo, sendo que na melhor das hipóteses a vítima é usada exclusivamente como meio de produção de provas e suas necessidades não são atendidas. ALASTUEY DOBÓN, 2000, p. 48.

intimada da homologação do acordo e de seu descumprimento, de modo que não há previsão sobre a participação da vítima na negociação, o que pode ser objeto de análises e discussões para futuros trabalhos que considerem: se a referida participação não seria basilar para a concretização da perspectiva de atribuição de importância à vítima.

Em acréscimo, tal como feito em relação ao investigado e à vítima, igualmente para a Administração da Justiça Criminal, mostra-se possível realizar uma análise econômica do instituto reparatório. A começar pelo fato de que, como já demonstrado, no item 1.1, os custos para a manutenção da máquina judiciária são altíssimos, não há recursos suficientes para permitir investigação, persecução penal e execução de pena de forma satisfatórias, com o respeito aos direitos/garantias constitucionais e legais, denotando falhas graves no sistema de justiça criminal tradicional.

Diante da escassez de recursos, intentando-se atingir resultados mais eficientes, cumprida a reparação do dano no ANPP, entre outros requisitos, evitar-se-á a propositura de uma ação penal, com os seus respectivos custos, poupando-se, dessa forma, recursos que poderão ser realocados na persecução de crimes de maior gravidade⁴⁰² e que acabam, por vezes, não recebendo uma resposta penal satisfatória.

Como indica Rodrigo Cabral, a celebração do acordo deve redundar para o Estado o benefício da agilização da resposta aos casos penais, evitando-se a instrução processual e todos os atos que ocorrem no *iter* processual, como alegações finais e sentença, além do que também poderá realizar finalidades político-criminais da pena, é dizer, o acordo deve cumprir uma função preventiva no caso concreto⁴⁰³.

Assim, como pontua Vladimir Passos de Freitas, as Varas Judiciais e os Tribunais terão mais tempo para decidir os casos mais complexos, evitando que caiam na prescrição

⁴⁰² Segundo Maria Tereza Uille, Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, em um dos trabalhos realizados pelo Laboratório de Inovação, foram analisados cem casos que envolviam o crime de moeda falsa, em tramitação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de ferramenta tecnológica desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, examinando-se, por exemplo, os valores envolvidos, tempo de tramitação, pena aplicada, entre outros dados que foram comparados e planilhados, concluiu-se que os valores envolvidos naqueles casos eram pequenos, especialmente se comparados ao tempo que a máquina Judiciária levaria para julgar cada caso. UILLE, Maria Tereza. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁴⁰³ CABRAL, 2021, p. 90.

em meio a tantos menos relevantes, e os presídios receberão menos condenados, porque os acordos procurarão sempre penas substitutivas ou reduzidas na duração⁴⁰⁴.

Além disso, não há como desconsiderar, também, que a reparação do dano no ANPP poderá evitar os custos que teriam que ser dispendidos pela Administração da Justiça Cível com a ação civil ou com a execução da sentença penal condenatória, por exemplo. Sob esse viés, a exigência da reparação do dano no ANPP indica gerar mais benefícios em relação aos custos de não se aplicar uma pena, propriamente dita, ao final de uma ação penal, exemplificativamente.

Finalmente, sob a perspectiva da sociedade – responsável por suportar custos sociais significativos em decorrência da prática de crimes e da consequente investigação, persecução e aplicação de pena – torna-se possível realizar uma análise do ponto de vista econômico. Pois, como sabido, tais custos são altos, e existem, também, aqueles decorrentes da falta de segurança⁴⁰⁵, da deficiência na reinserção do sujeito no contexto social⁴⁰⁶, bem como da falta de confiança na resposta estatal para o delito⁴⁰⁷, entre tantos

⁴⁰⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal>. Acesso em: 16 ago. 2021.

⁴⁰⁵ De acordo com a Anuário de Segurança Pública de 2021, tendo como ano base 2020, o gasto com policiamento foi de R\$32.297.255.069,20; com informação e inteligência foi de R\$ 1.386.896.853,11; entre outros, totalizando R\$98.078.932.537,56 (p. 150) gastos com segurança pública. No que diz respeito à segurança privada: a quantidade de vigilantes com vínculos ativos no Brasil é de 502.318 (p. 170); foram registradas 12.492 armas letais por empresas de segurança privada (p. 177); foram adquiridos 2.512 carros de escoltas armada (p. 178). FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, ano 15, 2021, p. 150. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁴⁰⁶ Segundo dados do DEPEN, em 2016 o Paraná tinha 25,34% da população prisional em programa Laboral; em 2017 36,88%; em 2018 32,04%; em 2019 29,63% e em 2020 29,15%. BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário. **População Prisional em Programa Laboral**. Disponível em: depen.gov.br. Acesso em: 16 nov. 2021. Acrescente-se que, segundo o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente, no mínimo, 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 de todo o Brasil reentraram no Poder Judiciário até dezembro de 2019 (p. 52). No Paraná, a reentrada no sistema prisional foi de 39,7% (p. 54). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019.

⁴⁰⁷ “No caso brasileiro, a crise no sistema de Justiça não é um fenômeno recente. Pesquisas mostram que a legitimidade do Judiciário vem sendo questionada desde o início da década de 1980, no que diz respeito à sua eficiência, tanto do ponto de vista do tempo de resposta quanto da burocratização de seus serviços (p. 02). [...] [...] tanto os entrevistados mais jovens quanto os mais velhos avaliam mal o Judiciário, mas continuam muito dispostos a solucionar seus conflitos na Justiça (p. 07). [...] Tanto os entrevistados com menor grau de escolaridade quanto os mais escolarizados avaliam mal o Judiciário, mas revelam uma alta predisposição para recorrer à Justiça para solucionar seus conflitos (p. 09). [...] 40% da população confia no Poder Judiciário. [...] Judiciário continua sendo considerado lento, caro e difícil de utilizar, porém houve uma melhora na avaliação da sua independência em relação aos outros Poderes.

outros que, se comparados aos custos do ANPP, demonstram indicativos de que estes sejam menores e possam gerar mais benefícios.

Isso porque, conforme demonstrado, além da realocação dos recursos para a persecução de crimes graves, haverá, também, a possibilidade de restauração da paz jurídica perturbada em razão do delito⁴⁰⁸, e a confiança no cumprimento da norma penal, através de uma resposta satisfatória⁴⁰⁹ aos danos suportados e com o restabelecimento, na medida do possível, do *status quo*.

Considerando tais exames e aplicando-se, ainda que de forma pontual, noções da proposta de Coase na obra “*O problema do custo social*”, sob uma perspectiva tradicional, aplicar-se-ia uma pena ao sujeito A que cometeu um crime em decorrência do qual B teve que suportar danos. No entanto, a análise citada não levaria em conta que a aplicação de uma pena ao sujeito A, além de não necessariamente garantir a reparação do dano ao sujeito B, causaria um dano – alto – à A. Uma vez que não se trata apenas de aplicação de uma pena restritiva de direito ou multa, porquanto, como já pontuado ao longo desta dissertação, o processo penal carrega uma carga estigmatizante que custa caro

A principal dimensão que afeta a confiança no Judiciário é a morosidade na prestação jurisdicional. No período analisado, 83% dos entrevistados responderam que o Judiciário resolve os casos de forma lenta ou muito lenta. O custo para acessar a Justiça também foi mencionado por 77% dos entrevistados, e 73% dos entrevistados declararam que é difícil ou muito difícil utilizar a Justiça. A má avaliação da Justiça também reflete as dimensões de honestidade, competência e independência. Em 2021, 70% dos entrevistados consideraram o Poder Judiciário nada ou pouco honesto, ou seja, a maioria da população entendeu que essa instituição tem baixa capacidade para resistir a subornos. Além disso, 61% dos respondentes consideraram que o Judiciário é nada ou pouco competente para solucionar os casos (p. 14)”. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil**. São Paulo, 2021. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30922>. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁴⁰⁸ “A lide subjacente do processo não está nos autos, não vem para os autos [...]. Não distribuimos justiça com o processo tradicional [...] vamos contrariar uma das partes, quando não contrariamos as duas. [...] Conversando com essas partes no processo tradicional você percebe que elas se sentem injustiçadas, uma porque não ganhou tudo que queria ganhar e a outra porque perdeu o que achava que não poderia perder. [...] Hoje os nossos acordos de não persecução penal são distribuídos como reclamação pré-processual e isso está previsto na Resolução 18 do nosso Tribunal, e essas ações são distribuídas diretamente ao Núcleo de Práticas Restaurativas e não há denúncia. [...] Na 2ª Vara da Justiça Federal 76% dos processos estariam subsumidos ao acordo de não persecução penal, em uma visão objetiva [...]”. SANTOS, Osmane Antônio. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁴⁰⁹ “Importa ressaltar que a criação dessa zona de consenso, entre acusação e defesa, objetiva vencer os obstáculos da morosidade e dos altos custos da atividade de distribuição da justiça, e buscar, assim, a célere pacificação dos conflitos, restaurando a paz e dando maior eficiência na distribuição da justiça penal”. MARTINS, Humberto. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2021.

ao réu, sob diversos pontos de vista (econômico, social e psíquico), e, além disso, cujos recursos empreendidos nesta persecução poderiam deixar de ser aplicados em casos de maior gravidade, havendo, também, custos sociais.

Por outro lado, já sob um panorama de análise econômica, tendo em vista a possibilidade de firmar-se o ANPP com a condição da reparação do dano, o sujeito A receberia uma resposta ao crime por ele praticado, mas seria menos gravosa em relação ao processo penal e à pena propriamente dita; já o sujeito B teria o dano reparado, restaurando-se o *status quo*, tal qual a Administração da Justiça e a sociedade suportariam custos menores em relação ao processo penal tradicional. Portanto, a partir de tal análise seria possível alcançar uma decisão economicamente racional e menos gravosa aos envolvidos.

Por fim, também com base nas análises supra e aplicando-se noções de eficiência a partir do critério Kaldor-Hicks, torna-se possível, igualmente, concluir pela viabilidade da reparação do dano no ANPP a partir do ponto de vista da eficiência. Pois, há custos com a adoção do ANPP e com a reparação do dano, uma vez que não haverá a persecução penal da conduta criminosa, de modo que a vítima e a sociedade não verão a aplicação de uma pena ao indivíduo que lesionou um bem jurídico importante sob o ponto de vista penal.

Contudo, tal prejuízo será de certa forma compensado a todos os envolvidos na questão criminal, isto é, ao acusado, à vítima, à Administração da Justiça e também à sociedade, conforme já abordado. A esse contexto, havendo, portanto, um equilíbrio das perdas produzidas com o crime a partir da aplicação do acordo (perdas estas que poderão ser consideradas menores em relação aos ganhos sociais decorrentes da reparação penal).

No entanto, como já indicado, ainda que, a partir de uma análise econômica, o ANPP – notadamente em relação à reparação do dano – demonstre ser eficiente para os envolvidos na questão criminal, diminuindo-se custos e gerando certos benefícios, possibilitando, dessa forma, inclusive a realocação de recursos, esta conclusão não pode suprimir discussões basilares ao âmbito criminal, tal como mencionado.

Evidencia-se importante destacar que tais discussões ganham ainda mais relevância para que haja uma maior aplicação do raciocínio econômico na leitura de institutos penais e processuais penais, pois, podem demonstrar que uma leitura econômica

não exclui uma análise jurídica-penal crítica, leitura esta que encontra dificuldades de aceitação entre estudiosos e operadores da área criminal. Entretanto, mesmo que ainda não haja uma aceitação pacífica, não há como ignorar a importância de uma análise econômica no contexto criminal, pois os institutos desta seara, bem como dos demais ramos do Direito, estão inseridos em um contexto social e econômico, cujas características, deficiências e necessidades precisam ser avaliadas pelo legislador e pelo aplicador da lei.

Consoante às lições de José Luis Díez Ripollés acerca da racionalidade da lei penal, mas, cuja análise também pode ser aplicada à legislação processual penal e, igualmente, às leis de outros ramos do Direito, um conceito de racionalidade que resulte minimamente convincente e útil diz respeito à capacidade – da legislação – de manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, isto é, que se mostre coerente com os dados que constituem essa realidade. Nesse sentido, é a capacidade de elaborar, no âmbito do controle social, uma decisão legislativa que atenda aos dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais ela índice⁴¹⁰, de modo que uma decisão racional é aquela coerente com a realidade social com a qual se interage⁴¹¹.

Sendo da forma mencionada, para alcançar tal coerência com a realidade social, é indispensável ter em consideração as questões econômicas que estruturam a sociedade, a saber: a escassez de recursos que se faz presente em todas as áreas; a aplicação irracional ou deficiente de tais recursos; o exame de como melhor realocá-los; e, a consideração acerca dos custos e dos benefícios dos institutos jurídicos, buscando-se, dessa forma, realizar adequações necessárias para que a legislação possa cumprir os fins aos quais se destina. Dessa maneira, atendendo-se a uma análise de eficiência para que possa tornar-se eficaz, pois, a título de exemplo, de nada adianta uma previsão legal acerca da possibilidade de reparação do dano decorrente de um crime, se, na prática, não é possível operacionalizá-la, ou ainda, se os custos para tanto são expressivamente altos.

Desse modo, inserir-se, também, um raciocínio econômico na seara criminal pode evitar uma irracionalidade, consoante às lições de José Luis Díez Ripollés, que surge

⁴¹⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 92.

⁴¹¹ Ibidem, p. 86.

quando as leis penais não são suscetíveis de um considerável cumprimento pelos cidadãos ou de uma significativa aplicação pelos órgãos de controle social jurídico sancionador, bem como diante de leis que, de qualquer forma, não atingem os objetivos pretendidos⁴¹².

Por conseguinte, identifica-se basilar considerar a realidade posta, e nela estão inseridos mecanismos negociais penais e a reparação do dano na esfera criminal, que demandam, para uma aplicação eficaz e efetiva, uma análise da eficiência a partir da perspectiva de todos os envolvidos, tal como realizado.

3.4 A APLICAÇÃO DA REPARAÇÃO DO DANO NO ANPP E A CONSONÂNCIA COM A LEGALIDADE, CULPABILIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A busca por eficiência, embora importante e necessária, não pode ser o único critério a ser adotado na análise de institutos jurídicos, principalmente os criminais, por isso, ainda que, como demonstrado, a reparação do dano no ANPP seja justificável sob a perspectiva econômica, é basilar pontuar, também, em acréscimo à análise já realizada nos itens 2.3 e 2.4, a sua aplicação a partir de princípios estruturantes da área criminal. Esse recurso para evitar que a reparação cumpra apenas uma eficiência econômica apartada da legalidade, da culpabilidade e da própria dignidade da pessoa humana.

Há que se considerar, inicialmente, consoante De-Lorenzi, que uma das críticas à justiça negociada é a de que acarreta uma punição em desconformidade com os tipos e sanções estabelecidos pela legislação, pois, permite disposição no processo acerca da aplicação da lei penal, o que estaria em conflito com o princípio da legalidade⁴¹³⁴¹⁴. Tal crítica poderia ser pensada em relação à reparação do dano no ANPP, uma vez que com o acordo não haverá ação penal e, conseqüentemente, não terá a execução da pena prevista

⁴¹² RIPOLLÉS, 2016, p. 95.

⁴¹³ DE LORENZI, 2020, p. 161.

⁴¹⁴ Consoante as lições de Muñoz Conde, a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção tem, impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que limite sua aplicação dentro de limites que excluam toda arbitrariedade e excesso por parte dos que exercem o poder punitivo. Assim, o princípio da legalidade estabelece que a intervenção punitiva estatal, tanto ao configurar o delito como ao determinar, aplicar a executar suas conseqüências, deve estar regida pelo “império da lei”. CONDE, 2003, p. 135.

pelo legislador ao tipo penal. Dessa forma, serão aplicadas medidas – que não são penas – que são, evidentemente, diversas e mais benéficas em relação ao preceito secundário previsto no tipo penal.

Contudo, ainda segundo De-Lorenzi⁴¹⁵, se considerado o referido princípio como proibição de punição por um crime ou com uma sanção não previstos em lei ou de modo mais severo, à primeira vista, os acordos não entram em conflito com o princípio da legalidade penal, dado que a renúncia à punição e a redução da pena em virtude da negociação não seriam um problema desde que as hipóteses estivessem também previstas na legislação⁴¹⁶, o que resultaria suficiente para combater a atuação arbitrária do Estado⁴¹⁷.

Aplicando-se tal raciocínio ao ANPP, tendo em vista que os requisitos e condições para a realização do acordo estão expressamente previstos no artigo 28-A do CPP – especificamente a condição da reparação do dano no inciso I do referido artigo –, não haveria que se falar em ofensa ao princípio da legalidade. Uma vez que, o legislador tratou expressamente acerca do acordo, dos requisitos e condições para a sua realização, e, nomeadamente, no que diz respeito à reparação do dano, inclusive disciplinou que a impossibilidade de reparação não poderia ser um impeditivo para a realização do ANPP.

Assim sendo, além de cumprir uma finalidade econômica e mostrar-se eficiente, a exigência da reparação não estaria em dissonância com o princípio da legalidade, pois, prevista expressamente em lei, e, para mais, constitui medida mais benéfica ao

⁴¹⁵ Tratando especificamente dos acordos sobre a sentença, mas o raciocínio também pode ser aplicado ao ANPP.

⁴¹⁶ Consoante decisão proferida no Recurso em Sentido Estrito nº 0005663-69.2021.8.16.0131, interposto pelo MPPR, o Juízo de primeiro grau recusou a homologação de um ANPP por entender que as exigências legais não haviam sido cumpridas. Isso porque, no acordo teria sido fixada a prestação de serviços à comunidade, entre outras medidas, pelo período de 4 meses, o que seria inferior ao disposto no inciso III do art. 28-A do CPP, que prevê que a prestação de serviço deve ser por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, o que corresponderia ao período de 8 meses e não de 4 meses tal qual disposto no acordo. O TJPR manteve a decisão do Juízo de primeiro grau por entender pela necessidade de observar-se estritamente a disposição do inciso III do referido artigo, oportunizando-se a adequação pelo MPPR. Note-se que, embora o período de 4 meses pudesse ser mais benéfico ao investigado, a lei estabelece – expressamente – o *quantum* a ser observado para a prestação de serviço à comunidade, de modo que a decisão que determinou o respeito aos limites legais é importante para evitar-se o que ocorre em relação aos acordos de colaboração premiada, cujas benesses ultrapassam os limites impostos pela legislação. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Do Paraná. **Recurso em Sentido Estrito nº 0005663-69.2021.8.16.0131**. Relator Desembargador Luís Carlos Xavier. Curitiba-PR, 22 de outubro de 2021.

⁴¹⁷ DE LORENZI, 2020, p. 169.

investigado. Contudo, De-Lorenzi leciona que é discutível que a mera existência de autorização legal seja, por si só, capaz de proteger o cidadão contra o abuso do poder punitivo estatal⁴¹⁸.

Mas, como indica Rodrigo Cabral, existe um controle sobre a legalidade e adequação do acordo de não persecução penal, uma vez que ele somente pode ser feito na presença do acusado, seu defensor e do Ministério Público, além do que deverá ser homologado pelo juiz. Para mais, a fim de assegurar, com maior efetividade um controle posterior do seu conteúdo, toda celebração e a confissão devem ser gravados em áudio e vídeo⁴¹⁹.

Destarte, a fim de evitar-se abusos e arbitrariedades, ainda que com a previsão de limites legais, torna-se necessário que, em cada caso concreto, o Ministério Público negocie com base nos limites previstos na legislação; que haja uma atuação criteriosa da defesa; bem como do Juiz – dentro das linhas traçadas pelo legislador – ao homologar o acordo, de modo que: não se exija uma reparação para além do que deveria e poderia ser feito e, conseqüentemente, para que tal exigência não obste a realização do acordo quando o investigado não tem condições de reparar o dano⁴²⁰.

⁴¹⁸ DE LORENZI, 2020, p. 169.

⁴¹⁹ CABRAL, 2021, p. 56-57.

⁴²⁰ Acerca da reparação do dano no ANPP, especificamente, em relação aos crimes tributários, cumpre apontar determinadas questões discutidas no recurso em sentido estrito nº 5011598-92.2021.4.04.7108/RS. O recurso foi interposto pelo MPF contra decisão que recusou a homologação de uma proposta de ANPP, que previa a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária diante da ocorrência do crime de sonegação fiscal. A recusa foi justificada pelo juízo *a quo* devido à falta de cláusula prevendo a reparação do dano. O magistrado pontuou que há aqueles que sustentam que a reparação não seria necessária quando o ANPP é firmado em crimes tributários, uma vez que o pagamento acarretaria a própria extinção da punibilidade, enquanto outros defendem que a reparação no ANPP deveria compreender o pagamento do principal e de juros, com exceção da multa, o que então diferiria em relação ao pagamento do crédito tributário que extingue a punibilidade; indicou, também, que há os que defendem que o ANPP não se aplicaria aos crimes tributários justamente por conta da possibilidade de extinção da punibilidade. Contudo, para o juiz a reparação do dano deve ser observada no ANPP que abarque crime tributário, pois, do contrário, estar-se-ia, segundo ele, criando um benefício não previsto em lei. Já no Tribunal a questão foi divergente, pois para o Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, o Juízo *a quo* estaria correto, pois, de fato, o artigo 28-A em seu inciso I estabelece a reparação do dano como requisito para o acordo e na sua ausência ou na não comprovação da impossibilidade de fazê-lo torna-se inviável o ANPP. Contudo, por outro lado, o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto pediu vista, e votou no sentido de que o magistrado não poderia deixar de homologar o acordo por conta da ausência da cláusula de reparação do dano, pois as condições do artigo 28-A do CPP são, segundo ele, prerrogativas do Ministério Público, não sendo os incisos do referido artigo de aplicação cumulativa e obrigatória, e acrescentou, ainda, que na denúncia não havia sido feito pedido de reparação do dano, e que por se tratar de crime tributário, entendem a doutrina e a jurisprudência que o Estado detém o poder de promover, desde logo, a execução fiscal e

Nestes moldes, se o princípio da legalidade, refletido nos limites do artigo 28-A do CPP para a realização do ANPP, não for observado em cada caso concreto, estar-se-á utilizando a reparação no ANPP com o fim de atingir-se de forma exclusiva uma eficiência econômica em prejuízo à legalidade penal. Além disso, em decorrência do desrespeito a este pilar estruturante da área criminal poderá haver arbítrio e abusos na negociação do acordo, o que, evidentemente, é inaceitável.

Como ensina De-Lorenzi, também haveria violação ao princípio da legalidade um regramento da justiça negociada que atribuísse uma grande margem de discricionariedade ao Ministério Público⁴²¹ e ao Judiciário⁴²² para decidir em quais casos seria possível o

que, por isso, descabe o pedido de reparação do dano como condição para homologação do acordo em sede de crime tributário, dada as peculiaridades deste tipo de criminalidade e a natureza (fiscal) do prejuízo. À vista disso, a 8ª Turma decidiu, por maioria, vencido o relator, dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito, no sentido de que a inclusão da reparação de dano como condição para homologação do acordo, em sede de crime tributário, é medida que não se afeiçoa ao ordenamento jurídico. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso em Sentido Estrito nº 5011598-92.2021.4.04.7108/RS**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Vitor Hugo Hentges. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 8ª Turma. Porto Alegre-RS, 14 de outubro de 2021.

⁴²¹ Verifica-se do acórdão proferido no julgamento do *habeas corpus* nº 5036296-49.2021.4.04.0000/PR, que o MPF/PR havia firmado ANPP com determinado sujeito, e quando este realizou o pagamento da última parcela do acordo e juntou determinadas certidões aos autos, dentre elas uma certidão positiva, o MPF/PR requereu a rescisão do acordo. Ocorre que, nos termos da decisão, a certidão dizia respeito a ações penais anteriores ao acordo, e que não foram, portanto, naquele momento consideradas pelo Ministério Público, de modo que não poderia, após o cumprimento das medidas acordadas, requerer a rescisão. Nesta linha, restou, ainda, consignado expressamente no acórdão que a rescisão do ANPP não pode ser efetivada sem a prévia oitiva do investigado, conforme determinam os princípios da paridade de armas, ampla defesa e contraditório. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus nº 5036296-49.2021.4.04.0000/PR**. Paciente/Impetrante: Luiz Alberto Marin. Impetrado: Juízo Substituto da 12ª VF de Curitiba. Relator: Juiz Federal Nivaldo Brunoni. Porto Alegre-RS, 13 de outubro de 2021.

⁴²² Consoante ementa publicada no site do TJPR no julgamento do *habeas corpus* de autos nº 0054685-04.2021.8.16.0000, o MPPR se recusou a oferecer o ANPP em determinado caso, e o Juízo de primeiro grau indeferiu o encaminhamento dos autos ao órgão superior do MP tal como determina o § 14 do artigo 28-A do CPP, que dispõe expressamente que no caso de recusa, por parte do MP, em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior do MP. O TJPR determinou a remessa dos autos ao órgão de revisão ministerial. Veja-se que mesmo havendo previsão expressa e clara na lei acerca da remessa, é possível encontrar decisões judiciais que não respeitam e aplicam o referido mandamento legal. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus nº 0054685-04.2021.8.16.0000**. Relatora Angela Regina Ramina de Lucca - Juíza de Direito Substituto em Segundo Grau. Curitiba-PR, 16 de novembro de 2021. Conforme consta no acórdão proferido nos autos da correição parcial nº 5026178-14.2021.4.04.0000/PR, o MPF havia feito uma proposta de ANPP e antes de qualquer manifestação da parte contrário, o d. Juízo proferiu decisão afastando a possibilidade do acordo nos termos propostos, pois não havia concordado, por considerar os termos brandos, e determinou que o MPF ajustasse a proposta. O MPF ajustou os termos, elevando o valor da prestação pecuniária, mas, ainda assim, o Juízo manteve a rejeição do acordo. O TRF4 entendeu que as referidas decisões inverteram atos e fórmulas legais, pois o controle a ser feito pelo Judiciário deve ser posterior à celebração do ANPP pelas partes, a fim de verificar a voluntariedade e legalidade. Assim, não poderia

acordo e quais as suas consequências⁴²³, o que, nitidamente, também se aplica para a questão específica da reparação do dano⁴²⁴.

Portanto, a regulamentação do instituto no artigo 28-A do CPP, visa garantir o investigado contra arbitrariedades e abusos, e, evitar a “implementação de práticas extramuros, fora do controle jurisdicional e das garantias fundamentais dos cidadãos”⁴²⁵, o que depende de uma limitação, segundo Giacomolli, legalmente do ponto de vista dos requisitos objetivos e subjetivos, sempre com um eficaz e duplo controle jurisdicional⁴²⁶⁴²⁷.

o juízo corrigido, sem antes determinar a intimação da parte interessada para manifestação acerca da proposta apresentada, determinar a intimação do órgão ministerial para a adequação do valor da prestação pecuniária, a qual este considera justa e suficiente para a reparação do dano e evitar a reiteração da prática delitiva. Verifica-se, neste caso, que embora o Juízo *a quo* não tenha observado as determinações legais acerca do acordo, o Tribunal *ad quem* fez incidir, como deveria, a ordem a ser respeitada no ANPP. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Correção parcial nº 5026178-14.2021.4.04.0000/PR**. Corrigente: Ministério Público Federal. Corrigido: Juízo Substituto da 1ª VF de Guaíra. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos Canalli. Porto Alegre-RS, 27 de julho de 2021.

⁴²³ DE LORENZI, 2020, p. 178.

⁴²⁴ “[...]. Ademais, é mais garantista regular os limites da disponibilidade dos operadores jurídicos, principalmente dos órgãos acusadores e julgadores, que fechar os olhos à utilização sub-reptícia de mecanismos de oportunidade, como ocorre nos desvios da qualificação jurídica dos fatos e na seleção dos casos na fase investigatória.” GIACOMOLLI, 2006, p. 108.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 105-106.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 115.

⁴²⁷ Vide exemplos de controle jurisdicional do ANPP: ao que consta do acórdão proferido no Mandado de Segurança de autos nº 0017690-89.2021.8.16.0000, um sujeito A havia firmado um ANPP pela prática do crime de condução de veículo automotor em estado de embriaguez e havia, inicialmente, prestado fiança. Outro sujeito B manifestou-se nos autos do inquérito requerendo fosse a fiança convertida em reparação do dano, pois teria tido seu veículo danificado em decorrência de acidente causado pelo sujeito A. O Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, embora o Ministério Público tivesse se manifestado pela suspensão do ANPP para que o sujeito A confessasse, também, a prática do crime de dano, o que não havia feito. O sujeito B impetrou mandado de segurança intentando a conversão da fiança em reparação do dano, o que foi indeferido. Examinando-se o caso, é possível indicar que, embora a reparação seja importante e um dos fins do ANPP não pode ser aplicada sem observar os limites legais, pois, no caso em análise o inquérito sequer abrangia o crime de dano, conseqüentemente, não havia sido cumprido o requisito exigido pelo artigo 28-A do CPP, isto é, a verificação se seria ou não o caso de arquivamento, pois não havia inquérito, bem como não teria ocorrido a confissão acerca do dano. Portanto, converter-se a fiança prestada em razão de outro crime para a reparação de crime diverso daquele investigado no inquérito e objeto do ANPP, estaria em contrariedade à lei, configurando-se conduta arbitrária, o que foi evitado por meio do controle jurisdicional do acordo. BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado Do Paraná. **Mandado de Segurança nº 0017690-89.2021.8.16.0000**. Impetrante: Thiago Pinheiro da Cruz. Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Pinhais. Relator Des. José Maurício Pinto de Almeida, 2ª Câmara Criminal. Curitiba-PR, 27 de agosto de 2021. De acordo com o *habeas corpus* nº 668.520/SP, o Ministério Público teria deixado de propor ANPP e a defesa havia requerido a remessa dos autos à instância revisora, no entanto, teve seu pleito negado pelo magistrado, que utilizou os mesmos fundamentos apresentados pelo MP. Ocorre que, conforme decidido no HC, o controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos, inclusive foi esse o entendimento da

Como aponta Rodrigo Cabral, a presença do Poder Judiciário apresenta-se como um reforço publicista do acordo, de modo a verificar, ao final, se houve o devido respeito à legalidade e à voluntariedade do agente, sendo que a função do juiz na apreciação do acordo é de garantia dos direitos do investigado e da legalidade da avença⁴²⁸. Assim, o juiz, ao examinar o acordo, é garante da legalidade das cláusulas, protegendo o investigado contra propostas que excedam os limites estabelecidos pela lei⁴²⁹.

Destarte, deve exigir-se que em cada acordo e em cada caso concreto sejam de fato aplicadas as previsões legais, observando-se as fronteiras delimitadas pelo legislador. Pois, poderá evitar-se uma aplicação desmedida e abusiva do ANPP, o que deverá estar conjugado, também, com o princípio da culpabilidade⁴³⁰, que, igualmente, constitui princípio a ser observado na análise dos acordos.

Pois, segundo De-Lorenzi, há críticas direcionadas às negociações no sentido de que permitem a imposição de penas que desviam de forma ilegítima da gravidade do ilícito e do grau de culpabilidade do autor⁴³¹, sendo influenciada por fatores como

Segunda Turma no HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021 - Informativo n. 1017. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 668.520/SP**. Impetrante: Danilo Pimenta Serrano. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF, 10 de agosto de 2021.

⁴²⁸ CABRAL, 2021, p. 173.

⁴²⁹ Ibidem, p. 186.

⁴³⁰ “Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a conseqüente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena impostos devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa”. BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 1: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁴³¹ “[...] deve-se destacar que a determinação de uma *medida da pena adequada à culpabilidade*, a qual deve servir de referência para a identificação do que é um aumento ou uma redução da sanção, é uma tarefa complexa. A medida da culpabilidade deve corresponder à gravidade do comportamento e ao grau de responsabilidade subjetiva do agente – ilícito culpável. No entanto, uma medida do ilícito culpável dificilmente pode ser alcançada de maneira *absoluta ou cardinal*, alheio a um específico sistema jurídico-penal. [...]. Para expressar essa medida, faz-se necessário um sistema de determinação

efetividade e eficiência do sistema penal⁴³². No entanto, ainda consoante De-Lorenzi, em relação à medida da pena, o princípio exige apenas que não se trate o apenado como um mero instrumento para os interesses da coletividade, proibindo que a punição exceda em sua margem superior o merecido pelo autor em virtude de seu comportamento⁴³³.

Para isso, é importante que, valendo-se das lições de Rodrigo Cabral, se examine o grau de reprovabilidade pessoal do autor na realização da infração penal investigada, bem como se vincule tal análise ao injusto, sob pena de uma reprovação pelo caráter ou pela condução de vida, pois, de acordo com o jurista, em um conceito adequado de culpabilidade se reprova o autor pelo que faz, não pelo que é ou foi⁴³⁴. Assim, ainda segundo Rodrigo Cabral⁴³⁵:

Nesse aspecto, encontram-se predominantemente os requisitos de reprovabilidade pessoal do autor, podendo ser levados em consideração elementos referentes, dentre outros, ao planejamento, preparação, motivos e finalidades do crime, à biografia do agente, vista na perspectiva do específico delito apurado e de seu bem jurídico, suas circunstâncias pessoais e econômicas, como educação, oportunidades de vida, grau de responsabilidade das funções exercidas, condições de subsistência e desenvolvimento, assim como o grau de intensidade da intensão delitativa, na realização dolosa do delito, ou o grau de violação do dever nos crimes culposos.⁴³⁶

Consequentemente, implementando-se tal juízo à reparação do dano no ANPP, tem-se que, para evitar a violação ao princípio da culpabilidade, a exigência da reparação deve encontrar amparo na própria conduta, na culpabilidade do agente⁴³⁷, não excedendo-

da pena que ofereça parâmetros para diferenciação e fixação de um *quantum* da sanção adequada ao ilícito culpável, os quais têm de ser intersubjetivamente controláveis. Ademais, é necessário que haja motivação da determinação da pena pelos tribunais, de modo que as razões possam ser fiscalizadas em sede recursal, pela doutrina e pela sociedade. Esses requisitos parecem – em certa medida – ser cumpridos no Brasil, onde os marcos penais são fixados no preceito secundário dos tipos penais e o Código Penal prevê uma metodologia detalhada de determinação da pena [...]” DE LORENZI, 2020, p. 214-215.

⁴³² Ibidem, p. 212 - 213.

⁴³³ Ibidem, p. 218 - 219.

⁴³⁴ CABRAL, 2021, p. 103.

⁴³⁵ “Em complemento ao dito sobre o injusto e culpabilidade, é possível afirmar que na avaliação do que seja necessário e suficiente para a prevenção do crime, é possível e recomendável utilizar-se como parâmetro interpretativo as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, assim como as agravantes e majorantes previstos no Código Penal e Legislação Extravagante, desde que relacionadas à gravidade do fato ou à culpabilidade do agente.” Ibidem, p. 104.

⁴³⁶ CABRAL, loc. cit.

⁴³⁷ Consoante às lições de Bitencourt, para a aplicação da pena, o juiz precisa considerar, nos termos do artigo 59 do Código Penal, a culpabilidade do agente, entre outras circunstâncias, sendo que a culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou de medição da pena, como limite desta, impedindo que seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade. Por isso,

se para além desta, bem como, evidentemente, no dano causado. Pois, a exigência de uma reparação que não esteja em acordo com a culpabilidade configurará uma aplicação estritamente utilitária do instituto reparatório, ultrapassando, portanto, o referido princípio com o fim exclusivo de atingir um benefício econômico. Nesse sentido, mostra-se importante destacar, de acordo com Pablo Galain Palermo, que a reparação no sentido penal não se conforma com um conceito de dano que não analise a culpabilidade do agente⁴³⁸.

Posto isto, mais uma vez, destaca-se a importância de uma atuação séria e comprometida com os limites legais por parte de todos os atores envolvidos na negociação do acordo de não persecução penal, a fim de que a culpabilidade seja observada enquanto garantia ao investigado, e, também, garantia à própria vítima que terá o ressarcimento baseado no dano efetivamente sofrido, seja com o retorno ao *status quo ante* ou o mais próximo a isso.

Considerando-se, portanto, a legalidade e a culpabilidade na negociação do acordo de não persecução penal, tem-se que é possível que a reparação penal encontre, para além da justificativa econômica já mencionada, o amparo em princípios limitadores ao poder punitivo estatal. Embora, incontestadamente, apenas pontuar a necessidade de observação dos referidos princípios não garante que serão detidamente observados na prática, quando da aplicação da reparação do dano no ANPP, o que dependerá, evidentemente, de uma atuação comprometida – legal e constitucionalmente – de todos os atores envolvidos na negociação e implementação do acordo.

constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia”. Ora, essa aceção de culpabilidade funciona como fundamento da pena, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação, onde a culpabilidade tem função limitadora da pena, e não fundamentadora. Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal — na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação — pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura. BITENCOURT, 2021, p. 389.

⁴³⁸ PALERMO, 2010, p. 109.

Por fim, evidencia-se preciso examinar se a reparação do dano, que, como visto, justifica-se do ponto de vista econômico e pode, se devidamente aplicada, se coadunar com a legalidade e a culpabilidade, encontra, também, guarida na dignidade da pessoa humana⁴³⁹ (art. 1º, inciso III, CF/88). Uma vez que consoante Nereu José Giacomolli, é um dos pilares do Estado de Direito e constitui atributo essencial que nasce com o ser humano, insubstituível e inegociável⁴⁴⁰.

Assente nas lições do referido jurista, nota-se basilar ter em vista que para determinados acusados o fato de responder a um processo criminal, isto é, de ser objeto de investigação, de comparecer às audiências, é mais danoso que a aplicação de uma sanção penal, como ocorre com os acusados de um delito, cuja sanção final é uma multa⁴⁴¹. Desse modo, de acordo com Giacomolli, sempre que se possa chegar ao término antecipado do processo com a manutenção de seus fins, as consequências danosas de sua duração excessiva, que representa uma carga ao acusado⁴⁴², do ponto de vista psíquico, familiar e profissional⁴⁴³, comprometendo-se, portanto, com a sua dignidade⁴⁴⁴, estará sendo-lhe evitada.

Daí então, por meio do ANPP, pode-se impedir, como pontua Giacomolli, os efeitos danosos de uma condenação, o estigma do condenado, o etiquetamento, pois a pecha de condenado estigmatiza-o socialmente, prejudica, por mais trivial que seja o fato criminal praticado⁴⁴⁵. Por conseguinte, operacionalizando-se a reparação do dano no acordo, o investigado poderá reduzir a carga psíquica e social que o processo penal

⁴³⁹ Segundo Ingo Sarlet, a Constituição, ao consagrar expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a atividade precípua, e não meio da atividade estatal, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 269.

⁴⁴⁰ GIACOMOLLI, 2006, p. 79.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 79.

⁴⁴² “[...] há que se ter em conta que a estigmatização também pode advir da informação ao público da existência de um processo, e da distorção desta no momento de sua publicidade.” Ibidem, p. 80.

⁴⁴³ Ibidem, p. 79.

⁴⁴⁴ “[...]. O objeto primordial da tutela do processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito do processo. LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

⁴⁴⁵ GIACOMOLLI, op. cit., p. 81-82.

acarretaria para si, sua família, seus amigos, os reflexos em seu trabalho e em todas as demais áreas de sua vida, além, da economia de tempo e de dinheiro, como já indicado, garantindo-se, portanto, a sua dignidade.

Para mais, além de resultar na observação da dignidade do acusado, a realização da reparação no ANPP, pode de modo igual garantir a dignidade da pessoa da vítima. Com base nos pontos já abordados na presente dissertação e, segundo Giacomolli, as vítimas, como regra, ficam em um plano secundário, sem uma proteção do aparato estatal. Isto é, as vítimas aparecem praticamente neutralizadas pelo sistema⁴⁴⁶, e, por conseguinte, o ser humano vítima é submetido à degradante via-sacra, comparecendo perante a autoridade policial para registrar a ocorrência, depois, comparecendo, novamente, para ser ouvida.

Seguindo a explicação, em momento posterior, a vítima é chamada para depor em audiência criminal, sem que se obtenha o mínimo de conforto do aparato criminal. E, para alcançar uma reparação dos danos, esta necessita contratar um profissional e iniciar outro processo na esfera cível, retomando os depoimentos, e sendo, portanto, instrumentalizada, o que compromete a sua dignidade⁴⁴⁷.

Com o ANPP, existe a possibilidade de evitar-se a *via crucis* do processo penal para a própria vítima, de modo a garantir-lhe a reparação do dano sem ter que recorrer, novamente, ao aparato judicial. Ademais, de acordo com Giacomolli, a possibilidade de participar de um processo dialogado (discutir a indenização) promove a dignidade do ser humano ou, pelo menos, ameniza o sofrimento⁴⁴⁸, de modo que a aglutinação da indenização dos danos na esfera criminal, sem remessa necessária à esfera cível, proporciona uma resposta condizente com as necessidades do vitimado⁴⁴⁹.

Contudo, ainda que não haja previsão expressa no artigo 28-A, do CPP, no tocante à participação da vítima na negociação, caso isso ocorra, mostra-se basilar que se dê nos estreitos limites de seu objetivo reparatório, jamais como um sujeito acusador, pois o *ius*

⁴⁴⁶ GIACOMOLLI, 2006, p. 83.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 85-86.

⁴⁴⁸ GIACOMOLLI, loc. cit.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 86.

puniendi não lhe pertence⁴⁵⁰, sendo necessário atentar-se, inclusive, para que a promoção da dignidade da vítima não sirva de peso contra a dignidade do próprio acusado⁴⁵¹.

Portanto, tem-se que: a reparação do dano no ANPP pode contribuir para a garantia da dignidade da pessoa do investigado e da vítima, e, também, para o restabelecimento da paz jurídica perturbada com o crime⁴⁵². Pois, segundo Giacomolli, a paz jurídica pode ser alcançada também através do consenso, do término antecipado do processo, da diminuição da carga do mesmo, com atenção aos prejudicados pelo fato criminal⁴⁵³.

Por conseguinte, para além das finalidades econômicas que podem ser alcançadas com a reparação do dano no ANPP, a partir de um raciocínio de eficiência, que, embora alvo de críticas⁴⁵⁴, não pode ser excluído, uma vez que o Direito e a Economia estão relacionados, e, um sistema de justiça sério – comprometido com respostas satisfatórias e com a diminuição de falhas – também há que fazer análises econômicas e operacionalizar seus resultados de modo a buscar mais eficiência, é preciso, também, que a reparação do dano seja operacionalizada observando-se a legalidade e a culpabilidade, garantindo-se a dignidade da pessoa humana e a necessária restauração da paz jurídica perturbada com o crime.

Sendo assim, em acréscimo aos motivos também abordados (nos itens 2.3 e 2.4), a reparação do dano no acordo de não persecução penal pode cumprir finalidades econômicas, mas, igualmente, pode concretizar finalidades do sistema de justiça criminal brasileiro.

⁴⁵⁰ GIACOMOLLI, 2006, p. 86.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² “Se, apesar de tudo quanto fica dito, persistirmos em traduzir numa fórmula o resultado da ponderação de valores que no processo penal conflituam, cremos que, com razoável exactidão, poderemos ver o fim do processo penal em *obstar à insegurança do direito que necessariamente existe – antes – e – fora – daquele, declarando o direito do caso concreto, i. é, definindo o que para este caso é, hoje e aqui, justo*. O processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, *visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto*, hic et nunc válido e aplicável”. DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 2004, p. 46.

⁴⁵³ GIACOMOLLI, op. cit., p. 99.

⁴⁵⁴ Em posição crítica vide: “A lógica negocial transforma o processo penal em um mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. [...]. A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p.171.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A seara criminal é pensada a partir de princípios, direitos e garantias basilares para a limitação do poder punitivo estatal, como também para a atribuição de uma solução ao conflito decorrente do crime. Ocorre que, por vezes, o aparato de proteção ao investigado/réu, bem como a pretensão de uma resposta à vítima e à sociedade, que suportam os danos decorrentes do delito, restringem-se ao campo abstrato do texto legal, não sendo operacionalizados na prática.

Isso porque, nesta seara não é comum que se considere que melhores resultados possam advir de uma análise econômica dos institutos e normas, a fim de ser verificado a exequibilidade do que se intenta com os instrumentos jurídicos disponíveis. Em consequência, continuam-se repetindo, diuturnamente, os erros que refletem a deficiência do sistema penal.

Neste contexto, a presente dissertação buscou demonstrar que, na base de problemas e reformas no âmbito criminal, há aspectos econômicos que não devem ser ignorados, pelo contrário, concebê-los pode contribuir para uma persecução penal mais satisfatória.

À vista disso, partindo do pressuposto de que a Justiça Penal Negocial é uma realidade posta no Brasil, com expansão significativa, especialmente com o acordo de não persecução penal, objeto desta dissertação, que traz consigo questões econômicas, seja na justificativa para sua existência (como a escassez de recursos), seja ao exigir a reparação do dano, verificou-se a viabilidade da condição reparatória do novel instituto negocial brasileiro.

A partir da descrição mencionada, foi possível concluir que, assente em noções da Análise Econômica do Direito, a referida exigência é uma alternativa viável sob o ponto de vista econômico, pois esta pode trazer mais benefícios com custos menores ao investigado, à vítima, à Administração da Justiça Criminal, bem como à sociedade, apresentando-se, portanto, de uma forma eficiente.

Em acréscimo, tendo em vista que a eficiência não pode ser o único critério a pautar os institutos criminais, sob pena de convertê-los em instrumentos exclusivamente utilitários, devendo, portanto, estar conjugada com a estrutura que sustenta o âmbito

jurídico-penal, a condição reparatória no ANPP também foi examinada no sentido de averiguar se encontra guarida no contexto criminal.

Sob essa perspectiva, inferiu-se que, além de cumprir uma finalidade econômica, a reparação também pode operacionalizar fins que são pretendidos quando da aplicação de uma sanção penal, como por exemplo, a restauração da paz jurídica perturbada com o crime e o restabelecimento da confiança na aplicação da norma penal. Além disso, ainda pode concretizar o objetivo de atribuir importância à vítima, por meio uma resposta adequada aos danos suportados pelo delito, e evitar todas as cargas e custos sociais e psíquicos ao investigado, tendo em vista que não haverá ação penal e a consequente aplicação de pena.

Contudo, para que possa cumprir as finalidades mencionadas, é preciso que a condição reparatória contemplada nos acordos não persecutórios seja instrumentalizada respeitando-se princípios, como, por exemplo: o princípio da legalidade, à medida em que se observem os limites impostos pelo legislador. Ademais que a definição da reparação penal esteja vinculada com o princípio da culpabilidade, para evitar-se o cumprimento, apenas, de uma pretensão cível ressarcitória. De maneira que a referida condição possa contribuir, também, para que se efetive o respeito à dignidade da pessoa do investigado e da própria vítima.

Em suma, depreende-se que a Análise Econômica do Direito, quando aplicada com base nos marcos legais e constitucionais que delimitam o âmbito criminal, ao contrário de desvirtuar as finalidades penais e tornar o Direito Penal e o Processo Penal meios exclusivamente utilitários, pode colaborar para que, na prática haja, de fato, a concretização de direitos, de modo que as finalidades pretendidas quando da elaboração das normas jurídico-criminais sejam atingidas, assim, gerando-se os melhores resultados aos envolvidos no conflito penal, tal como averiguou-se na análise de reparação do dano no ANPP.

REFERÊNCIAS

- ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. A eficácia dos salários públicos como instrumento de combate à corrupção. *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b, p. 81-98.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário – a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (org.). **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 59-80, 2012a.
- ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 22, p. 135-153, dec. 2008.
- ALVAREZ, Marcos César *et al.* A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a.18, n. 86, p. 248-288, set./out. 2010.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. *In*: **Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1995.
- ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. **Código Penal de la Nación Argentina**. Ley 11.179. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz Bottini. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais, comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOZA, Márcia Noll. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. **The journal of Political Economy**, University of Chicago Press, n. 2, v. 76, p. 169-217, mar./abr. 1968.

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 145-190, 2019.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, in dubio pro reo; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas). **Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada**, n. 1, p. 01-13, ago./dez. 2008.

BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal**: parte general. Bogotá: Temis, 1965.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de Direito Penal 1: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-36.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Tradução Maria Celeste C. J. Santos, Revisão Técnica Cláudio De Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, Felipe Garcia Lisboa; ROSI, Giselle Maria Souza. Análise Econômica dos contratos: considerações sobre o princípio da função social. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 19, v. 94, out. 2018, p. 85-97.

BOSON, Daniel Silva. Three Strikes and You're out: uma análise econômica das penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 23, v. 166, p. 17-37, set./out. 2015.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-45, 2016.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário. **População Prisional em Programa Laboral**. Disponível em: depen.gov.br. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual pena. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias: Criminais, do Júri e Execuções Penais. **Planejamento estratégico do Ministério Público do Estado do Paraná: Área Criminal: repensando a eficácia da atuação ministerial**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato completa seis anos com 500 pessoas denunciadas em 2019**. 10 mar. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-completa-seis-anos-com-500-pessoas-denunciadas-e-numeros-records-em-2019>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 31527/SP**. Paciente: Eduardo Batista. Impetrante: Miguel Pereira Neto. Coator: Nona Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Min. Paulo Gallotii. Brasília-DF, 1º de março de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 668.520/SP**. Impetrante: Danilo Pimenta Serrano. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF, 10 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.585.684/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Joaquim Gomes da Costa. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF, 09 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1807180/PR**. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: Colombelli & Pasini Ltda; Marco Antonio Alf Colombelli e Wadis Pasini. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília-DF, 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1888049/CE**. Recorrente: Instituto de Educação Ciência e Tecnologia do Paraná. Recorrido: Antonio Canudo Neto de Azevedo. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília-DF, 22 de setembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 962.934/MS**. Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul; Recorrido: GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília-DF, 13 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6299**. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outro. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília-DF, 22 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.464/SC**. Paciente: Mario Cesar Sandri. Impetrante: Nilton João de Macedo Machado. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília-DF, 10 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.124/RO**. Paciente: Leri Souza e Silva. Impetrante: Bruno Espineira Lemos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 07 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 166373/PR**. Impetrante: Marcos Vidigal De Freitas Crissiuma. Paciente: Marcio De Almeida Ferreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília-DF, 02 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 185.913/DF**. Paciente: Max Willians de Albuquerque. Impetrante: Abel Gomes Cunha. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília-DF, 22 de setembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0038113-75.2018.8.16.0000**. Agravante: TCP - Terminal de Containeres de Paranagua S/A; Agravado: Sendix Comercial Exportadora e Importadora Eireli. Relator: Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen, Curitiba-PR, 13 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus nº 0054685-04.2021.8.16.0000**. Relatora: Angela Regina Ramina de Lucca - Juíza de Direito Substituto em Segundo Grau. Curitiba-PR, 16 de novembro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Mandado de Segurança nº 0017690-89.2021.8.16.0000**. Impetrante: Thiago Pinheiro da Cruz. Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Pinhais. Relator: Des. José Maurício Pinto de Almeida, 2ª Câmara Criminal. Curitiba-PR, 27 de agosto de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Do Paraná. **Recurso em Sentido Estrito nº 0005663-69.2021.8.16.0131**. Relator: Min. Luís Carlos Xavier. Curitiba-PR, 22 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Correição parcial nº 5026178-14.2021.4.04.0000/PR**. Corrigente: Ministério Público Federal. Corrigido: Juízo

Substituto da 1ª VF de Guaíba. Relator: Des. Federal Luiz Carlos Canalli. Porto Alegre-RS, 27 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus nº 5036296-49.2021.4.04.0000/PR**. Paciente/Impetrante: **Luiz Alberto Marin. Impetrado: Juízo Substituto da 12ª VF de Curitiba**. Relator: Juiz Federal Nivaldo Brunoni. Porto Alegre-RS, 13 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso em Sentido Estrito nº 5011598-92.2021.4.04.7108/RS**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Vitor Hugo Hentges. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 8ª Turma. Porto Alegre-RS, 14 de outubro de 2021.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introducción al Derecho Penal: Fundamentos para un sistema penal democrático**. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. La Previsión de Fijación del Valor Mínimo de Indemnización en la Sentencia Penal Condenatoria incluida por la Reforma Procesal Penal Brasileña de 2008. **Revista General de Derecho Penal**, v. 14, p. 1-10, 2010.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Eficiencia y Derecho. **Doxa**, Universidad de Alicante, n. 4, p. 267-287, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.

CAVALCANTE, Carolina Miranda. A economia institucional e as três dimensões das instituições. **Revista de Economia Contemporânea**, Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, v. 18, n. 13, p. 373-392, set./dez. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CESANO, José Daniel. Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento em el código penal argentino. *In: Nuevas formulaciones en las ciencias penales – homenaje a Claus Roxin*. Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, p. 497-532, 2001.

COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, article 9, 2008.

- COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers**, UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, p. 01-24, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd#author>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: CNJ, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 5th ed. United States of America: Pearson Education, 2008.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.) **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DE LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- DELGADO, Julio A. Rodríguez. La reparación como sanción jurídico-penal. **Revista de la Asociación Ius Et Veritas**, Lima, v. 9, n. 17, p. 28-44, 1998.
- DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1976.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DIDIER JUNIOR, Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C R. Dir. Adm. Const**, Belo Horizonte, a.19, n. 75, p. 143-160, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da Análise Econômica do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 12, ano XII, n. 52, p. 187-214, 2014.

FISCHMANN, Filipe. **Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FISHER, George. Plea bargaining's triumph. **The Yale Law Journal**, v. 109, p. 857-1086, 2000.

FONSECA, Cibele B. G.; TABAK, Benjamin M.; AGUIAR, Júlio C. A Colaboração Premiada Compensa? **Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado**, ago. 2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 09 set. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, ano 15, 2021, p. 150. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em: 16 nov. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de. **1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura - Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/pdf/55679>. Acesso em: 08 ago. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de. O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal>. Acesso em: 16 ago. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em: 11 out. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões sobre a proteção penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v.6, n.1, p. 88-113, jan./jun. 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de; MACHADO, Maykon Fagundes. Leis inúteis e omissões do Poder Legislativo exigem maior controle social. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-17/segunda-leitura-leis-inuteis-omissoes-poder-legislativo-exigem-maior-controle-social>. Acesso em: 10 jan. 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil**. São Paulo: FGV Direito, 2021. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30922>. Acesso em: 16 nov. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1., n. 1, p. 7-32, 2010.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, UNED, 2.^a Época, n. extraordinário 2, p. 31-73, 2004.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. **Congresso Internacional – Processo de integração e solução das controvérsias: do contencioso entre os Estados à tutela individual. Europa e América Latina**. Roma, set. 1999.

GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Análise Econômica do Direito: como a dogmática civil do Direito de Humanidade pode contribuir para atender ao anseio e bem-estar da sociedade? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 18, v. 74, fev. 2017, p 231-255.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Traducción Roccio Cantarero Bandrés. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 43, p. 241-260, 1990.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática de direito penal e na política criminal. Tradução de: Pablo Rodrigo Alflen. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013.

HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. **Jueces para la democracia**, Madrid, n. 4, p. 8-11, 1988. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530062> Acesso em: 28 out. 2020.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Cond y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, 1939.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?** Porque o Brasil precisa de um Indicador Nacional de Esclarecimentos de Homicídios. 2019. Disponível em: <https://soudapaz.org/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLVI, p. 44-49, jan./mar. 2007.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **The Economic Journal**, Oxford University Press, v. 49, n. 195, p. 549-552, 1939.

KALKMANN, Tiago. Análise Econômica da racionalidade do acordo de colaboração premiada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5., n. 1, p. 469-504, jan./abr. 2019.

KLIP, André. Direitos e garantias processuais na União Europeia: conciliando os direitos do acusado com os direitos da vítima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 27, n. 157, p. 209-246, jul. 2018.

LANGER, Máximo. **Revolución en el proceso penal latino americano:** difusión de ideas legales desde la periferia. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA), 2008.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Apresentação. *In:* LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana (coord.). **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. 2016. Brasília: CNJ, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime.** Comentários à Lei nº 13.964/19. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. **Delação premiada no limite:** a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 25-29.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do *fair play*. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. **Delação premiada no limite:** a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 59-62.

MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. **Eficiência e direito penal: uma análise crítica do instituto da reparação do dano no sistema de consequências do delito.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law System.** Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, 2013.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018.

- MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004a.
- MAIER, Julio B. J. ¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal? *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo; GÓMEZ, Alfonso Serrano; LIFSCHITZ, Sergio Politoff; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (org.). **El penalista liberal**: controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Buenos Aires: Hammurabi, 2004b.
- MANZERA, Luis Rodríguez. Derecho victimal y victimogomática. **Encuentro Internacional en homenaje al Prof. Dr. Antonio Beristain Ipiña**, Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología. n. 26, p. 131-141, 2012.
- MARTINS, Humberto. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations. **Law and Philosophy Library**, p. 01-29, 2011
- MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 26, p. 105-145, abr./jun. 2006.
- MENEZES, Daniel Feitosa; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 27, v. 161, p. 164-185, nov./2019.
- MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Julio César Faria – Editor, 2004.
- MILITELLO, Vincenzo *et al.* Resíduos sólidos e crimes de poluição: avanços e retrocessos na legislação e na jurisprudência italianas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22 n. 127, p. 378-403, jun./set. 2020.
- MIR, José Cerezo. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA, José Cláudio Domingues; QUINAIA, Cristiano. Análise Econômica do Direito Contratual: perspectiva para além da pandemia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 21, v. 105, p. 59-77, jul./set. 2020.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 6, p. 11-21, jan./mar. 2005.

NORTH, Douglass. Institutions and the Performance of Economies Over Time. *In*: MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. **Handbook of New Institutional Economics**. Berlin: Springer, 2005, p. 21-30.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** 10. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Ó SOUZA, Renne; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 111-131, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2020.

PALERMO, Pablo Galain. **La reparación del daño a la víctima del delito**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño como “terceira via” punitiva? Especial Consideración a la posición de Claus Roxin. **Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, n. 3, p. 183-220, 2005.

PALERMO, Pablo Galain; SÁNCHEZ, Angélica Romero. Criminalidad organizada y reparación. ¿puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada? **Derecho Penal y Criminología**, Colombia, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, v. 22, n. 73, p. 45-68, 2001.

PARGENDLER, Mariana. Os danos morais e os *punitive damages* no direito norte-americano: caminhos e desvios da jurisprudência brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, a. 3, n. 3, p. 859-880, 2017.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Economia no Direito Civil: o caso dos Tribunais Brasileiros. *In*: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete

Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (coord.). **Estudos sobre negócios e contratos uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. São Paulo: Almeida, 2017.

PEKMEZIAN, Lucía Barboni; PRIETO, Javier Valls. La reparación del daño en la justicia penal. **Ciencias Psicológicas**, Universidad Católica del Uruguay Vol. 8, nº 2. Montevideo, 2014, p. 199 – 207.

PEREIRA, Ana Flávia Azevedo; SCRIBONI, Marília Silva. Eficiência versus garantismo na operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre, a. 28, v. 173, p.125-167, nov. 2020

PERU. Minsiterio de Justicia y Derechos Humanos. **Código de Processo Penal**. Decreto Legislativo nº 957. Disponível em: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1542316/Libro%20Procesal%20Penal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PESSOA, Camila Lemos. Responsabilidade Civil do Hospital: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 20, v. 99, p. 169-190, jun. 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro. **Rev. Fac. Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen Case Book Series, 1986.

POSNER, Richard. Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law. **John M. Olin Law & Economics**, University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper, Chicago, p. 1-15, 1998.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Função Punitiva da responsabilidade civil. **Revista FGV**, São Paulo, v. 21, p. 17-36, jul./dez. 2007.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal: o crime, a sanção e o criminoso sob a ótica da Economia**. [S.l.], Artelogy, 2021.

RIBEIRO, Leo Maciel; COSTA, Victor Cezar Rodrigues. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 27, v. 161, p. 247-276, nov. 2019.

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org.). **Análise Econômica do Direito**: principais autores e estudos de casos. Curitiba: CRV, 2019, p. 357-365.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; FARIA, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 26, v. 148, p. 319-347, out. 2020.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 24, v. 118, p. 124-158, jan./fev. 2016.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ROSEVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. *In*: ESER, Albin et al. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 131-156.
- ROXIN, Claus. Pena y Reparación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999.
- SAGNOTTI, Simona C. Il Mercato: diritto, etica ed economia. **Quaderni di Filosofia del Diritto**. Torino: G. Giappoichelli Editore, 1999, p. 01-11.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Universidade de Lisboa, v. 1. n. 1., p. 435-483, 2012.
- SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 250-276.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumem Juris, ICPC, 2007.

- SANTOS, Osmane Antônio. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. *In*: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). **Temas de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. **Derecho Penal y Criminología**, Universidad Externado de Colombia, v. 25, n. 76, p. 175-198, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". **Revista del poder judicial**, Madrid, n. 45, p. 183-202, 1º trim. 1997. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123214. Acesso em: 8 dez. 2021.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017.
- SOUZA, Bruno Cunha. **Obrigatoriedade da ação penal pública**: o problema da escassez dos recursos públicos para uma prestação jurisdicional eficiente. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.
- STEIN, Luís Gustavo; WEDY, Miguel Tedesco. A análise econômica do direito penal entre possibilidades e limitações. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 97-130, out. 2018.
- STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law & Economics**, Chicago: The University of Chicago Press Journal, v. 35, n. 2, p. 455-468, 1992.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (organ.). **Direito e Economia: análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 321-345.

TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. O dever de declaração de doença preexistente nos contratos de seguro de vida: uma análise econômica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 19, n. 86, p. 156-189, fev. 2018.

TRIGO REPRESAS, Félix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J. **Tratado de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

UILLE, Maria Tereza. **13º Fórum Jurídico da Esmaf**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, YouTube, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w9Ok2elp7XI>. Acesso em: 11 jan. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil” – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 29, v. 175, p. 343-360, jan. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015a.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 28, v. 166, abr. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul./dez. 2015b.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização punitiva no Brasil: desafios e configuração. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 15, v. 57, p. 179-199, jan./mar. 2014.

WEDY, Miguel. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, a. XII, n. 52, p. 163-186, 2014.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão: Direito das obrigações**. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implication for liberty. **Northwestern University Law Review**, Northwestern University School of Law, v. 106, n. 3, 2012.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/88 e do art. 944, caput, do CC/2002). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 35, p. 77-96, 2008.

ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.